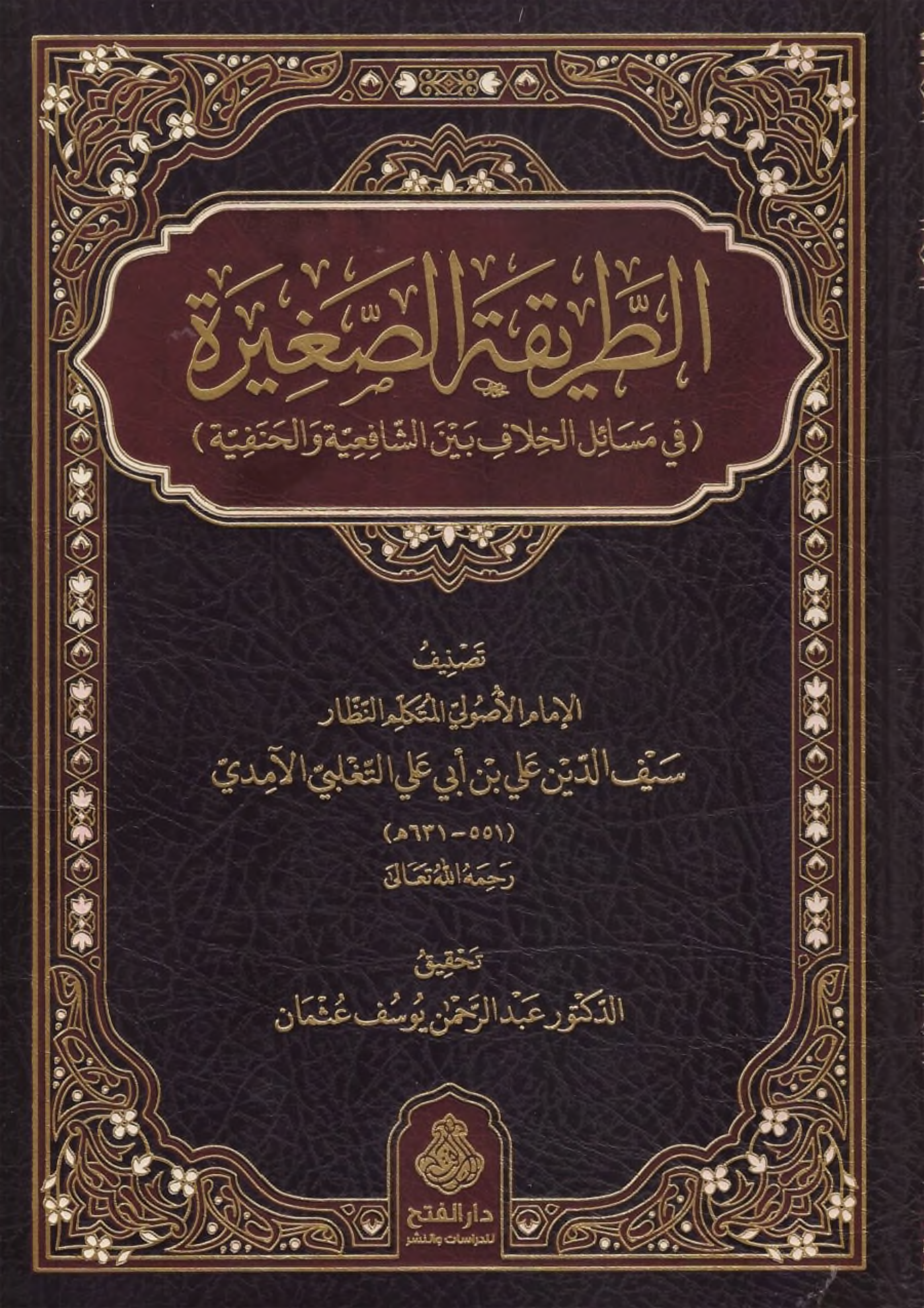

الطريقة الصغيرة
(في مسائل الخلاف بين الشافعية والحنفية)
تصنيف
الإمام الأصولي المتكلم النظار
سيف الدين علي بن أبي علي التغلبي الآمدي
(٥٥١-٦٣١هـ)
رحمه الله تعالى
تحقيق
الدكتور عبد الرحمن يوسف عثمان
دار الفتح
للدراسات والنشر

الطريقة الصغيرة

(في مسائل الخلاف بين الشافعية والحنفية)

بيانات الإيداع في دائرة المكتبة الوطنية بالمملكة الأردنية الهاشمية

الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد التغلبي (٥٥١-٦٣١هـ).

الطريقة الصغيرة ، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد التغلبي الآمدي؛ تحقيق: عبد الرحمن يوسف

عثمان، عمّان، دار الفتح للدراسات والنشر، ٢٠٢٠م.

٦٨٨ص، قياس القطع : ١٧×٢٤ سم.

الواصفات : الفقه المقارن/ أصول الفقه/ الفقه الإسلامي.

التصنيف العشري (ديوي) : ٢٦٠,٤٢

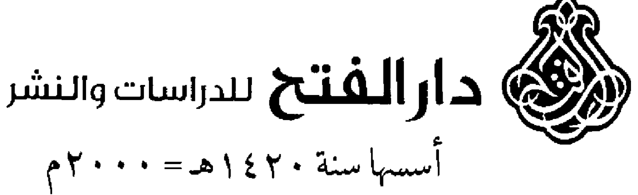
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية : (٢٤٦٧/ ٧/ ٢٠٢٠)

الرقم المعياري الدولي (ISBN) : ٩٧٨-٩٩٥٧-٢٣-٥٣٦-٩



الطَّبعَةُ الأولَى

١٤٤٥هـ = ٢٠٢٤م



أسسها سنة ١٤٢٠هـ= ٢٠٠٠م

د. إياد أحمد الغوج

رقم الهاتف : ٦٤ ٣٥ ٥١٦ ٦ (٠٠٩٦٢)

رقم الجوال : ٤٦٧ ٩٢٥ ٧٧٧ (٠٠٩٦٢)

ص.ب : ١٩١٦٣ عمان ١١١٩٦ الأردن

البريد الإلكتروني : info@daralfath.com

الموقع الإلكتروني : www.daralfath.com


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

مقدمة المحقق

الحمد لله الذي علَّم بالقلم، علَّم الإنسان ما لم يَعْلَمْ، وشَرَعَ للناس هذه الشرائع الجليلةَ؛ ليُعلِّمهم ويُفقِّههم في دينه المحكَم، وصلى الله على سيدنا ورسولنا محمد ﷺ، المبعوث رحمةً للأمم، المبيِّن بسنَّتِه المشرَّفةِ ما أُجْمِلَ وأُبهِم، المنِيرِ برسالتِهِ ودعوتِهِ ما أظلم، وعلى آله وصحابته الأخيار مصابيح الدجى والظُّلَم.

وبعد،

«فإنه لما كانت الأحكام الشرعية، والقضايا الفقهية؛ وسائل مقاصد المكلَّفين، ومناط مصالح الدنيا والدين، وأجلَّ العلوم قدرًا، وأعلاها شرفًا وذِكرًا؛ لما يتعلَّق بها من مصالح العباد في المعاش والمعاد؛ كانت أولى بالالتفات إليها، وأجدر بالاعتماد عليها.

وحيث كان لا سبيل إلى استثمارها دون النظر في مسالكها، ولا مطمع في اقتناصها من غير التفات إلى مداركها، كان من اللازمات والقضايا الواجبات البحث في أغوارها، والكشف عن أسرارها، والإحاطة بمعانيها، والمعرفة بمبانيها، حتى تُذلَّل طرق الاستثمار، وينقاد جموح غامض الأفكار»[1].

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» ١ : ٣.

وإن مذهب الإمام المطَّلِبي محمد بن إدريس الشافعي من أجَلِّ المذاهب الفقهية وأقواها بناءً؛ لما حباه الله به من كثرة الأئمة، وتنوُّع مشاربهم، وتضلُّعهم في علوم الشريعة، ولما ميَّزه الله به من الجمع بين النقل والعقل، وخصوصًا ما بين القرن الرابع والسابع؛ حيث كانت هذه المدة الزمنية هي عصر المذهب الذهبي، شهد فيها نقلة لم يشهد مثلها بعد تأسيسه الأول.

وينتمي لهذه الحِقبة الإمام سيف الدين الآمدي متكلِّم الإسلام المنافح عنه، ولسانه الناطق به، وقد عُلِمَتْ مكانته في علوم الدين، لا سيما الجدل وأصول الفقه، ونحن بين يدي كتابه «**الطريقة الصغيرة**» الذي يتناول مسائل الخلاف بين المذهب الشافعي والحنفي، يمكننا القول: إنه أكبر شاهد على مكانته وإمامته في علم الخلاف الفقهي خاصة، والفقه الإسلامي عامة، كما يتبيَّن بمطالعته مدى استخدامه لعلوم الجدل والفقه والأصول، وتطبيقها في ميدان الخلاف الفقهي.

وإذا كانت المكتبة الشافعية تزخر بكتب كثيرة في باب الخلاف الفقهي بين الحنفية والشافعية، فإن كل مؤلِّف له نظرته الخاصة، وخلفيته التخصُّصية في تعامله مع تقرير المسائل، وعرض الخلاف، وسبل الحِجاج، وطرق الردود.

من هنا فإن كتاب الإمام الآمدي لم يكن نسخة مطابقة لكتب مَن سبقوه، كما أنه لا تُغني عنه كتب مَن خلَفوه، وعنوانه «**الطريقة الصغيرة**» يدل على أنه مختصر من طريقة كبيرة نص مترجِموه على أنه كتبها، نسأل الله التوفيق للوقوف عليها كما يَسَّرَ للوقوف على الطريقة الصغيرة التي كانت في عداد المفقود، فهنيئًا للمكتبة الفقهية عمومًا، وللمكتبة الشافعية خصوصًا بهذا العلق النفيس.

هذا ولم آلُ جهدًا في إقامة نص هذا الكتاب رغم الصعوبات التي يتلقّاها محقِّق النسخة الواحدة، فإن يكن صوابٌ فمِن عون الله وتوفيقه، وما كان فيه من

خطأ فمن تقصيري وضعفي، وقلة حيلتي وزادي، راجيًا من الله العلي العظيم تيسير الظفر بنُسَخ أخرى؛ ليخرج كما أراد مؤلِّفه رحمه الله.

هذا ولست أُخفي ما يثيره في نفسي وقلبي هذا الكتاب من شجون وذكرى جميلة؛ إذ يجعلني أعيش من جديد أيام دراسة الماجستير[1] في تركيا مطلع هذا العقد، فلأهل ذلك البلد الطيب شكري وتقديري، لا سيما أساتذتي الفضلاء، وفي مقدمتهم الدكتور أحمد توران أرسلان، الدكتور أحمد أفَهْ، الدكتور عبد الله طرابزون، الدكتور إسماعيل يغييت، والأستاذ عثمان آجون، والأخت العزيزة بديعة تكين، كما لا يفوتني في هذا المقام شكرُ أصدقائي النبلاء، وإخوتي الأعزاء؛ الدكتور علي رضا آق كون، الدكتور محمد يشار، الدكتور أحمد شمشك، الدكتور عصمت إبَّكْ، الدكتور خليل أورتاكجي، وأصدقائي وأحبابي جميعًا، سائلًا الله لهم السعادة في الدارَين، والحفظ والسلامة.

كما أشكر أخي الأكبر، وصديقي الأغَرّ، الدكتور إياد الغوج ـ صاحب دار الفتح للدراسات والنشر بالأردن ـ على ما أولى هذا العمل من بالغ عنايته، فجزاه الله خير ما يجزي عباده الصالحين، وأشكر معه الفريق العلمي لدار الفتح؛ لقراءتهم الدقيقة لهذا العمل ومراجعتهم له، وقد أفدت من تصحيحاتهم، جزاهم الله خيرًا.

---

(١) قُدِّم نصف هذا الكتاب رسالة للماجستير بكلية العلوم الإسلامية بجامعة السلطان محمد الفاتح الوقفية سنة ٢٠١٤، وكانت بعنوان «الطريقة الصغيرة من الطهارة إلى النكاح.. دراسة وتحقيق»، وذلك بإشراف الدكتور أحمد أفَه، ومناقشة الدكتور خليل إبراهيم قوتلاي، والدكتور عبد الله طرابزون، هذا وقد كنتُ قرَّرت إكمال الكتاب بعد ذلك، فانشغلت عنه ببرنامج الدكتوراه، ثم لقيت الدكتور الفاضل إياد الغوج في ماليزيا وقد أنهيت الدكتوراه، فشجَّعني على إكمال تحقيق الكتاب، وعرض عليَّ طبعه مشكورًا، ولم يزل يحضني ويحثني حتى أكملت تحقيقه بفضل الله ونُصحه هو، جزاه الله خيرًا.

وأشكر كذلك شيخي العلامة الفقيه محمد أحمد بن عبد الرزاق الشنقيطي الأبييري (خَيّار عَلَمًا)، على ما أولاني من رعايته، وما بذل لي من وقته، وحَلِّه لما اعترض من مشكلاتٍ إبان تحقيق هذا الكتاب وفي غيره، فجزاه الله عني وعن العلم وأهله خير الجزاء.

وبالله تعالى التوفيق.

عَبْدالرَّحْمَٰن يُوسُف عُثْمَان

نواكشوط ٢٩/ ١٢/ ٢٠١٩

الفصل الأول

التعريف بالمؤلف[١]

اسمه: علي بن أبي علي بن محمد بن سالم[٢].

لقبه: سيف الدين، ووقع عند ابن خلِّكان: «سيف الدولة»، وقد يقولون: «السيف» اختصارًا.

نسبته: الآمدي؛ نسبةً لبلدته آمد، التابعة لمحافظة ديار بكر بالجمهورية التركية.

الثعلبي: وعليه جملة من المترجِمين له[٣]، بينما يسمِّيه ابن أبي أُصيبعة والقاضي ابن خلِّكان والصفدي وجماعة: التغلبي[٤].

والأول هو الراجح في نظر الأستاذ الدكتور حسن الشافعي؛ لأنه رأي أكثر مَن

---

(١) ترجم الشيخ الدكتور حسن الشافعي للإمام الآمدي ترجمة موسَّعة في كتابه «الآمدي وآراؤه الكلامية»، أفدت منها كثيرًا، كما كانت لديَّ إضافات مهمة، واستدراكات مفيدة عليها، سيجدها الباحث المنصف، كما رجعت كذلك إلى مصادر الشيخ ومراجعه الأصلية في ترجمته للآمدي، ورجعت إلى غيرها مما استدعاه المقام.

(٢) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠، «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٣، «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٤، «فهرسة اللبلي» ص١٣٣.

(٣) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٦. «البداية والنهاية» ١٣: ١٦٤. «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة ٢: ٧٩.

(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠. «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٣. «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٥.

ترجموا له، وعليه اتفاق أصحاب طبقات الشافعية، وعلى رأسهم السبكي[١]، إلا أني أرى أنه التغلبي، وكفى بذِكْر الحكيم ابن أبي أصيبعة والقاضي ابن خلِّكان دليلًا على ذلك، وهذا من أَجَلِّ معاصريه، وذاك تلميذه، مما يبعُد معه خطؤهم في نِسبته.

يقول الدكتور حسن الشافعي: «على أن الأمر في ذلك قريب؛ فبنو ثعلب بطن من تغلب، وكلاهما عاش في منطقة الجزيرة شمالِيّ العراق»[٢].

كنيته: أبو الحسن، وهو المعروف عند مَن ترجموا له، إلا أن سبط ابن الجوزي شذَّ عنهم فكناه: أبا القاسم.

وأرى أن الأمر ربما التبس، حيث إن أبا القاسم كنية آمديٍّ آخر، هو الحسن بن بشر بن يحيى الآمدي (ت٣٧٠هـ)، الأديب اللغوي المعروف.

مولده: أكثر المؤرخين على أنه وُلِد بعد سنة ٥٥٠هـ، كالقفطي[٣]، ويزيد ابن قاضي شهبة والسبكي يقولان: بعد سنة ٥٥٠هـ بيسير[٤].

ويعبِّر الذهبي عن هذه الزيادة بقوله: نيف وخمسين[٥]، بينما يجزم آخرون بأنه وُلِد سنة ٥٥١هـ، في مقدِّمتهم القاضي ابن خلِّكان[٦].

وهذا الأخير هو الذي رجَّحه الدكتور حسن الشافعي حفظه الله[٧].

موطنه: يُنسَب الآمدي إلى مدينة آمد، ذائعة الصيت في التاريخ الإسلامي؛ لكثرة

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٢٧.

(٢) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٢٨.

(٣) «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٤.

(٤) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٦. «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة ٢: ٧٩.

(٥) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

(٦) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.

(٧) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٢٨.

علمائها وأدبائها، يقول ياقوت الحموي: «وهي أعظم مدن ديار بكر، وأجلُّها قدرًا، وأشهرها ذِكرًا...»، إلى أن يقول: «ويُنسَب إلى آمد خَلْقٌ من أهل العلم في كل فنّ»[١].

وتقع مدينة ديار بكر حاليًّا جنوب شرقي الجمهورية التركية.

نشأته الأولى بآمد:

نشأ الآمدي في مدينته نشأةَ أي طالب علم، بدأ فيها قراءة القرآن واللغة العربية، وحفظ بعض متون المذهب الحنبلي، ولم نعرف مَن أساتذته في تلك المرحلة غير اثنَين، هما: عمار الآمدي، ومحمد الصَّفّار[٢]، إلا أنه لم يمكث بها طويلًا، حيث خرج إلى بغداد في حدود سنة ٥٦٥هـ وعمره أربع عشرة سنة.

رحلاته العلمية:

الآمدي في بغداد:

رغم ما كانت تعانيه بغداد من الانهيار والضعف في ذلك الوقت، إلا أنها لم تزل محافِظة على بقية من مكانتها بين العواصم الإسلامية، فشدَّ الفتى رحاله رغبة في طلب العلم، وصحبة علمائها، يقول الذهبي: «وقَدِم بغداد وهو شاب»[٣].

وذكر الصفدي أن سِنَّه لما دخل بغداد كان أربع عشرة سنة[٤].

ولم تكن بغداد عاصمة للعلوم الإسلامية فحسب، بل كانت متقدِّمة كذلك في العلوم الفلسفية والحساب والهيئة والنجوم.

---

(١) «معجم البلدان» ١: ٥٦-٥٧.

(٢) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

(٣) «تاريخ الإسلام» ٤٦: ٧٤.

(٤) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٦.

دراساته في بغداد:

يقول التاج السبكي: «وتلا ببغداد على ابن عبيدة، وحفظ «الهداية»، وتفقَّه على أبي الفتح بن المنِّيِّ، وسمع الحديث من ابن شاتيل وغيره»[١].

لقد وسَّع الآمدي دراساته، فأضاف إلى الفقه الحنبلي القراءات والحديث على أبرز علماء بغداد في تلك الفنون.

تحوله عن المذهب الحنبلي:

لقد كان انتقال الآمدي من المذهب الحنبلي إلى المذهب الشافعي من أبرز المراحل التي مرَّ بها في حياته، ورغم أن مَن ترجموا له لم يذكروا الدافع له إلى الانتقال للمذهب الشافعي، إلا أن ما نعرفه هو أن صحبته لابن فضلان شيخ الشافعية ومقدَّمِهم في بغداد قد يكون لها دور في ذلك، فقد تأثَّر به الرجل، ودرس عليه فنونًا مختلفة.

وربما يكون ذلك بسبب ميله إلى علم الفلسفة والكلام، وغيرهما من العلوم العقلية؛ لما يعرف عن الحنابلة من الانحراف عنهما وعن أصحابهما، وما ذكر أحد أئمتهم وأعيانهم ـ وهو ابن الجوزي ـ حيث وصف أخلاقهم بالخشنة، كما جاء في ترجمة ابن الدهان: «فنقم عليه أصحابُنا أشياء لم تحتملها أخلاقهم الخشنة، فانتقل وتفقَّه على الشاشي والغزالي، ووجد أصحاب الشافعي على أوفى ما يريده من الإكرام، ثم ترقَّى، وجعلوه مدرِّسًا للنظامية فوَلِيها نحو شهر»[٢].

ومن طريف ما يُنقَل عن الآمدي أنه كان يقدِّم الحنابلة في مجلسه، ويُقبِل عليهم

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨:٣٠٦. «وفيات الأعيان» ٣:٢٩٣. «سير أعلام النبلاء» ٢٢:٣٦٤.

(٢) «المنتظم في تاريخ الملوك والأمم» ١٧:٢٢٥.

ويكرمهم، فسُئِل عن ذلك مرة، فأجاب بأن «المرتد لا يحب كسْر المسلمين»[١]، يشير إلى أنه وإن كان تحوَّل عن المذهب الحنبلي إلا أن للمذهب الحنبلي ولأتباعه في قلبه محبة ومودة، وهذا من لطفه وظرافته ووفائه رضي الله عنه.

دراسته على أبي القاسم بن فضلان :

يقول ابن خلِّكان: «ثم انتقل إلى مذهب الإمام الشافعي، وبقي على ذلك مدة، وصحب الشيخ أبا القاسم بن فضلان، واشتغل عليه في الخلاف وتميَّز فيه، وحفظ طريقة الشريف، وزوائد طريقة أسعد الميهني»[٢]، وقد كان ابن فضلان عالِمًا متفنِّنًا، مقدَّمًا في المنطق والكلام، وغيرهما من العلوم.

لم يكتفِ الآمدي بذلك، بل وسَّع معارفه، ودرس أصول الفقه، وتبحَّر فيه وفي غيره من العلوم، كما يقول الذهبي: «واشتغل «بالشفاء» و«بالشامل» لأبي المعالي، وحفظ عدة كتب، وكرَّر على «المستصفى» وتبحر في العلوم»[٣].

سبب خروجه من بغداد: يقول القفطي: «واشتغل بالفلسفة وتظاهَر بذلك، فجَفاه الفقهاء وتَحامَوْهُ، ووقعوا في عقيدته»[٤].

هكذا ضاقت بغدادُ بسيف الدين الآمدي، فضايَقَه بعض فقهائها وجَفَوْه، مما حَدا به إلى الرحلة عنها، وإن كنا لم نعرف أسماء الفقهاء الذين ضايَقوه بها، إلا أني لا أستبعد أن يكونوا من متشدِّدي فقهاء الحنابلة؛ لما اشتهر من انحراف بعضهم عن العلوم الفلسفية والمنطق.

---

(١) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٦.

(٢) «وفيات الأعيان» ٣: ٣٩٣. «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٦.

(٣) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

(٤) «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٤.

الآمدي في الشام:

خرج الآمدي إلى الشام بعدما ضاقت به بغداد، رغبةً في إكمال دراسته بالشام، «ورغم شُحِّ المصادر بتفاصيل دراسته في الشام إلا أن مراجع تؤكد أنه واصَل دراسته للفلسفة والعلوم العقلية بالشام حتى سنة **٥٩٢**هـ»[١].

وهذا ما يؤكِّده عصريُّه القاضي ابن خلِّكان رحمه الله: «ثم انتقل إلى الشام، واشتغل بفنون المعقول، وحفظ منه الكثير، وتمهر فيه، وحصَّل منه شيئًا كثيرًا»[٢].

ثم غادَر الإمام الآمدي الشامَ مُيَمِّمًا وجهه شطر الأراضي المصرية.

الآمدي في مصر:

دخل الإمام الآمدي مصر سنة **٥٩٢**هـ، ليبدأ فيها حياة جديدة كاد الحاسدون أن يُسِيلوا دمه فيها، كما سنوضحه لاحقًا.

نزل الآمدي بمدرسة منازل العز التي أقامها صاحب حماة تقي الدين عمر، وكانت هذه المدرسة قرب جامع عمرو بن العاص بالفسطاط، ولم يذكر مترجِموه أنه عمل بها، بل اقتصر على الإقامة، إلى أن عُيِّنَ مدرسًا في أكبر مدرسة بالقاهرة، وهي المدرسة الناصرية التي أسَّسها صلاح الدين الأيوبي سنة **٥٧٢**هـ قرب قبر الإمام الشافعي رحمه الله[٣].

لكن الإمام الآمدي لم يشتهر بمصر حتى انتقل من المدرسة الناصرية إلى جامع الظافر، أو جامع الأفخر، كما سُمِّي بعد ذلك، والفاكهاني كما يسمَّى اليوم،

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى» **٥: ١٢٩**. «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٣٦.

(٢) «وفيات الأعيان» **٣: ٢٩٣**.

(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٣٧.

وتُجمِع المصادر على أنه برز واشتهر فيه، وتخرَّج به جماعة من العلماء دون أن يُعيِّنوا اسم واحد منهم[١].

ولم يقصر نشاطه على التدريس الذي اشتغل به طيلة حياته، بل أضاف إليه التأليف، ويبدو أنه أنجز في مصر أكثر مؤلَّفاته كما يرى الدكتور الشافعي[٢].

لقد سطع نجمه بمصر وشاع ذِكْره، وظهر على علمائها وفاقَهم، «وناظَر بمصر وحاضَر، ولما وصل إلى الإسكندرية اجتمع بها مع الفقيه الأبياري في جامعها الأعظم، فلم يقدر الأبياري معه على شيء»[٣].

ويبدو أن هذا النجاح العلمي أثار حفيظة بعض الفقهاء في مصر ممن لم يبلغوا مبلغه في العلم والنشاط والشهرة، فكادوا له، وأخذوا يجمعون له التُّهَم ويُلَفِّقونها ضده.

ويعبِّر ابن خلِّكان عن تلك المرحلة العصيبة بقوله: «ثم حسده جماعة من فقهاء البلاد، وتعصَّبوا عليه، ونسبوه إلى فساد العقيدة، وانحلال الطوية، والتعطيل، ومذهب الفلاسفة والحكماء، وكتبوا بذلك محضرًا يتضمن ذلك»[٤].

وقد أنجاه من هذا المحضر عالم يصفه المؤرِّخون بأنه أحد الفضلاء، ويصفه بعضهم بأنه رجل فيه معرفة وعقل[٥]، فكتب تحت المحضر قول الشاعر:

حَسَدُوا الفَتَى إذ لم يَنالُوا سَعْيَهُ ... فالقومُ أعداءٌ لـه وخُصومُ

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٣٨.

(٢) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٣٨.

(٣) «فهرسة اللَّبلِي» ص١٣٤.

(٤) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٣.

(٥) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٣. «التاريخ المعتبر في أنباء من غبر» ٣: ٥٩.

ووصْفُ هذا العالم بالفضل والعقل والمعرفة يسلب الصفة عن أصحاب هذه الفعلة الشنيعة، بل صرَّح بذلك جماعة من المؤرخين، فوصفهم ابن خِّلكان بالمُفْرِطين في التعصب والمتحاملين[١]، ووصفهم كذلك العليمي الحنبلي بالحسد والتعصب: «ولما اشتهر فضله حسده جماعة من الفقهاء، وتعصَّبوا عليه»[٢].

قال ابن كثير: «وكان حَسَن الأخلاق، سليم الصدر، كثير البكاء، رقيق القلب، وقد تكلَّموا فيه بأشياء الله أعلم بصحتها، والذي يغلب على الظن أنه ليس لغالبها صحة»[٣].

بيد أن الإمام الآمدي أدرك خطورة تلك المؤامرة التي كادت تُودِي بحياته، وأيقن أنها إن لم تُصِبْه اليوم أصابته غدًا، فخرج متخفِّيًا إلى الشام حوالي سنة **٦١٢**هـ، بعد سنوات من العمل المثمر في الديار المصرية.

الآمدي في الشام مرة أخرى :

بمدينة حماة:

بعد خروج الآمدي من مصر في حدود سنة **٦١٢**هـ قصد مدينة حماة، ووفد على الملك المنصور بن تقي الدين عمر أميرها الذي عُرِف هو وأبوه بحبهما للعلم، وتشجيعهما لأهله، بل كانا من المشتغلين بالعلم والأدب.

ولا أدلَّ على ذلك من مدرسة منازل العز التي أنشأها والده تقي الدين عمر بمصر، وهي التي نزل بها الآمدي حين قَدِم مصر كما تقدَّم.

---

(١) «وفيات الأعيان» **٣: ٢٩٣**.

(٢) «التاريخ المعتبر في أنباء من غبر» **٣: ٥٨**.

(٣) «البداية والنهاية» **١٣ : ١٦٤**.

هكذا أقام الإمام الآمدي معزَّزًا مُكرَّمًا بمدينة حماة، صُحبةَ ملكها، بعد ما لقيه من أذى وتآمُر ببغداد ومصر، وخلع عليه الخِلَع، ووهبه الأُعطيات، وكان من خواصّه وأصفيائه، ثم فرَّق بينهما الموت، حيث لم يمكث معه سوى خمس سنين، ليموت الملك المنصور سنة ٦١٦هـ.

ويشير القاضي ابن خلِّكان إلى أن الآمدي كان منشغلًا بالتأليف في حماة[١]، وهو ما صرَّح به ابن قاضي شهبة بقوله: «فَنزل حماة مُدّة، وصنَّف في الأصلَيْن والحكمة والمنطق والخلاف»[٢].

إضافة إلى ذلك فقد كان الآمدي قائمًا بالتدريس في أكبر مدارسها، وهي المدرسة المنصورية السلطانية[٣].

في مدينة دمشق:

غادر الإمام الآمدي مدينة حماة بعد إقامة حافلة بها إلى مدينة دمشق عاصمة بلاد الشام، وبها ألَّف أشهر كتبه، وختم سجلًّا حافلًا قضاه بين العواصم الإسلامية متعلِّمًا ومعلِّمًا.

سار الآمدي إلى دمشق إبان حكم الملك المعظَّم عيسى ابن الملك العادل الأيوبي، الذي كان «جامعًا بين الشجاعة والبراعة، والعلم ومحبة العلم وأهله»، يقول الدكتور حسن الشافعي: «حتى إن بعض الباحثين سمّاه: مأمون بني أيوب»[٤].

(١) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.
(٢) «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة ٢: ٧٩.
(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٤١.
(٤) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٤١.

لقد كان المعظَّم حنبلي العقيدة، حنفي المذهب على غير عادة الأيوبيين الذين يغلب عليهم المذهب الشافعي، والعقيدة الأشعرية، ولكنه كان من العقل والمعرفة وسعة الأفق بحيث يعرف للآمدي قدره، وإن لم يَمِل قلبه إليه؛ لما اشتهر عنه من اشتغاله بعلوم الأوائل.

يقول ابن كثير رحمه الله: «وقد كانت ملوك بني أيوب كالمعظَّم والكامل يُكرمونه، وإن كانوا لا يحبونه كثيرًا، وقد فوَّض إليه المعظَّم تدريس العزيزية»[١].

ومما يدل على عنايته به حُسْن استقباله له، وإنعامه عليه إنعامًا كبيرًا، وإكرامه غاية الإكرام، بل ولاه التدريس، وفوَّض له أمر المدرسة العزيزية بدمشق، رغم اختلافهما في المذهب والمعتقد.

لقد أقام الإمام الآمدي بالمدرسة العزيزية قرابة عشر سنين مدرِّسًا ومؤلِّفًا، ومنها أخرج للأمة كتابه الحافل: «الإحكام في أصول الأحكام»، وأهداه إلى الملك المعظَّم.

ويصف ابن أبي أُصَيْبعة الدمشقيُّ تدريس شيخه الآمدي بالمدرسة العزيزية فيقول: «وكان إذا نزل وجلس في المدرسة وألقى الدرس والفقهاء عنده يتعجَّب الناس من حُسْن كلامه في المناظرة والبحث، ولم يكن أحد يماثله من سائر العلماء»[٢].

وكان إلى جانب اشتغاله بالتأليف والتدريس يعقد مجالس للمناظرة في مسائل الفقه والأصول بجامع بني أمية بدمشق، وكان يقوم بذلك مرتَين في الأسبوع، «كل ثلاثاء وجمعة، يحضرها أكابر العلماء للاستفادة»[٣].

---

(١) «البداية والنهاية» ١٣: ١٩٤.

(٢) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٤٣ نقلًا عن ابن الملقّن في «طبقات الشافعية» (مخطوط).

وقفة مع الذهبي في ترجمته للآمدي:

لم يَسْلَم أئمة الإسلام المشار إليهم بالبنان، المشهود لهم بالجلالة والفضل، من الابتلاء والمِحَن، فكانت هذه المحن والابتلاءات هي الدليل على استقامتهم وفضلهم، ومن هؤلاء الإمام الآمدي؛ لما ميَّزه الله به من الجلالة والعلم والذكاء المفرِط، وقد بلغ الأمر بهؤلاء أن زعموا أنه لم يكن يتوضأ للصلاة، وقد لوَّث الإمام الذهبي تاريخه بذلك فقال: «وكان شيخنا القاضي تقي الدين سليمان يحكي عن الشيخ شمس الدين بن أبي عمر رحمه الله، قال: كنا نتردد إلى السيف الآمدي، فشككنا فيه هل يصلي؟ فتركناه وقد نام، فعلَّمنا على رجله بالحِبْر، فبقيت العلامة نحو يومَين مكانها، فعرفنا أنه ما كان يتوضأ، نسأل الله السلامة»[١].

وعبارة «نسأل الله السلامة» من الذهبي تصديق منه لهذه الفِرْية المنكَرة؛ إذ كان يسعه التعقيب عليها بما يفنِّدها؛ لما عُرِف من إمامة الرجل وجلالته في الإسلام، ويكفيه شهادة شيوخ الإسلام من طلابه، كالعز بن عبد السلام وابن الحاجب وغيرهما؛ إذ كيف يُثنون على رجل لا يتوضأ، ورابطتهم به هي هذا الدين الإسلامي، وهو معيارهم معه ومع غيره في الولاء والبراء؟!

وقد كان هؤلاء الطلبة أعرف بذلك لو صحَّ، كيف لا وهم أعلم بسريرته وعلانيته؟ كما جاء في ترجمة الآمدي عند الصفدي وغيره: «وكفاك به جلالةً ونُبْلًا أن الإمام عز الدين من أصحابه، ومن كبار طلابه، ملازمًا لدرسه، راضيًا طريقته، مع خبرة علانيته وسريرته»[٢].

بل زعم الذهبي ـ سامحه الله ـ صحة هذه القصة في «ميزان الاعتدال»، وتابَعه

---

(١) «تاريخ الإسلام» ١٤: ٥٠.

(٢) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٧.

على ذلك ابن حجر العسقلاني في «لسان الميزان»، وعبارتهما: «وصحَّ عنه أنه كان يترك الصلاة»[١]، وكان الأولى أن يقول: وصحَّ عنه أنه كان يترك الوضوء، تماشيًا مع روايته هذه؛ لأن الرواية التي أوردها الذهبي على ذلك، ويحمل ذلك على عذرٍ يترك معه الطهارة المائية.

ولو سلَّمنا صحة هذه القصة فيجب حملها على محمل حسن، فتُحمل على أن للسيف الآمدي عذرًا يمنعه الوضوء، أو أنه لم يَرَ الحبر الذي وُضِع على قدمه ففاته غَسْلُه.

وقد استنكر التاج السبكي وتعجَّب من إيراد الذهبي ترجمةَ السيف الآمدي والفخر الرازي في «ميزان الاعتدال» الذي صنَّفه لذِكْر رواة الحديث، والسيف والفخر ليسا منهم، ولم يجرحهما أحد من قبل، قال التاج السبكي: «ودائمًا أتعجَّب من ذِكْره الإمام فخر الدين الرازي في كتاب «الميزان» في الضعفاء، وكذلك السيف الآمدي، وأقول: يا لله العجب، هذان لا رواية لهما، ولا جرحهما أحد، ولا سُمِع من أحد أنه ضعفهما فيما ينقلانه من علومهما، فأي مدخل لهما في هذا الكتاب؟!»[٢].

وعلى العموم فترجمة الذهبي للآمدي باهتة مُظْلِمة على عادته مع جماعة من مخالِفيه في العقيدة، وقد نبَّه على ذلك العلائي ـ فيما نقله عنه التاج السبكي بخط يده ـ: «الشيخ الحافظ شمس الدين الذهبي لا أشك في دينه وورعه وتحرِّيه فيما يقوله الناس، ولكنه غلب عليه مذهب الإثبات ومنافرة التأويل، والغفلة عن التنزيه، حتى أثَّر ذلك في طبعه انحرافًا شديدًا عن أهل التنزيه، وميلًا قويًّا إلى أهل الإثبات، فإذا ترجم واحدًا منهم يُطنِب في وصفه بجميع ما قيل فيه من المحاسن، ويُبالِغ

---

(١) «ميزان الاعتدال» ٢: ٢٥٩، «لسان الميزان» ٣: ١٣٤.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٢: ١٤.

في وصفه، ويتغافل عن غلطاته، ويتأوَّل له ما أمكن، وإذا ذكر أحدًا من الطرف الآخر، كإمام الحرمين والغزالي ونحوهما، لا يبالغ في وصفه، ويُكثِر مِن قول مَن طعن فيه، ويُعيد ذلك، ويُبْدِيه، ويعتقده دينًا وهو لا يشعر، ويُعرِض عن محاسنهم الطافحة فلا يستوعبها، وإذا ظفر لأحد منهم بغلطة ذكرها، وكذلك فِعْلُهُ في أهل عصرنا، إذا لم يقدر على أحد منهم بتصريح يقول في ترجمته: والله يُصْلِحه، ونحو ذلك، وسببه المخالفة في العقائد»[١].

وقد علَّقَ السبكي على كـلام العلائي بكلام طويـل أكتفي بنقل سطور منه فيهـا خلاصته وزبدته: «وأما قول العلائي رحمه الله: دينه وورعه وتحرِّيه فيما يقوله، فقد كنت أعتقد ذلك، وأقول عند هذه الأشياء: إنه ربما اعتقدها دينًا، ومنها أمور أقطع بأنه يعرف بأنها كذب، وأقطع بأنه لا يختلقها، وأقطع بأنه يحب وَضْعها في كتبه لتنتشر، وأقطع بأنه يحب أن يعتقد سامعُها صحتها؛ بُغضًا للمتحدَّث فيه، وتنفيرًا للناس عنه»[٢].

ويرحم الله سبط ابن الجوزي فقد ألمح إلى تلك الاتهامات الباطلة بعبارة طريفة دون تدنيس كتابه بنقلها فقال: «وكان يُنبَزُ بأشياء ظاهِرُ حالِه أنه كان بريئًا منها؛ لأنه سريع الدمعة، رقيق القلب، سليم الصدر»[٣].

وتبع سبط ابن الجوزي في ردِّ تلك الاتهامات ابنُ كثير مع كونه من مدرسة الذهبي، بيد أن الإنصاف يمنعه من متابعته: «وكان حَسَن الأخلاق، سليم الصدر، كثير البكاء، رقيق القلب، وقد تكلموا فيه بأشياء الله أعلم بصحَّتها، والذي يغلب على الظن أنه ليس لغالبها صحة»[٤].

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى» ٢: ١٣.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٢: ١٤.

(٣) «مرآة الزمان في تواريخ الأعيان» ٢٢: ٣٣٢.

(٤) «البداية والنهاية» ١٣: ١٦٤.

وسرعة الدمعة، وكثرة البكاء، ورقة القلب؛ الظاهر منها في هذا المقام من صفة إمام من أئمة المسلمين ما يتعلَّق بخشية الله والخوف منه، ومَن كان هذا شأنه قبح وصفه بترك الوضوء والصلاة.

وأحسن العلامة الدكتور حسن الشافعي في رَدِّ هذه الرواية؛ لأن طلبةً يفعلون هذا بشيخهم دون سؤاله والاستفسار منه جديرون بأن لا تُقبَل روايتهم، ويؤكد ذلك الدكتور حسن بأن الذهبي زعم أن الآمدي نُفِي من دمشق لسوء اعتقاده، يقول الدكتور حسن: «فدعوى النفي ما ادَّعاها أحد من مؤرِّخي الآمدي، وما أحسب أنها صحيحة»[١].

ويرد الشيخ العلامة عبد الرزاق عفيفي هذه الرواية بأن الحِبْر قد يبقى أيامًا على العضو مع تتابُع الوضوء والغسل، وخاصة مِن عضو مَن لا يرى التدليك فرضًا في الطهارة، بل يكتفي بإسالة الماء في غسله ووضوئه[٢].

أقول: لا سيما مَن لا يعلم بأن الحِبْر على قدمه؛ إذ يغسل قدمه بناءً على عدم وجود الحبر، فلا يبالِغ في الغسل والدلك.

وقد درس شمس الدين بن أبي عمر الحنبلي راوي هذه القصة عند الآمدي عِلمَ أصول الفقه كما في «ذيل طبقات الحنابلة»[٣]، وصار بعد ذلك من أجَلِّ شيوخ عصره وأعلمهم، فأين الوفاء لمن علَّمه ودرَّسه؟! لكنَّ الخصومة تُوصِل أصحابها إلى ما لا يُحمَد، ورواة القصة حنابلة مناوئون للآمدي مخاصِمون له، ومقتضى مذهبهم الحكم بكُفره؛ لأن تارك الصلاة عندهم كافر ـ والعياذ بالله ـ، وهذا ابن تيمية شيخ الذهبي يقول: إن الآمدي من أمثل المتكلِّمين اعتقادًا، ومن أحسنهم إسلامًا،

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٥٣.

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام»، مقدِّمة الشيخ عبد الرزاق عفيفي ١: ١٢.

(٣) «ذيل طبقات الحنابلة» ٤: ١٧٥.

«مع أن الآمدي لم يكن أحد في وقته أكثر تبَحُّرًا في العلوم الكلامية والفلسفية منه، وكان من أحسنهم إسلامًا وأمثلهم اعتقادًا»[١].

وقد تقدَّم عن الآمدي إجلاله للحنابلة، وإكرامه لهم، وتقديمه لهم في مجلسه، فنسأل الله السلامة والعافية.

مكانته العلمية، وصفاته الخَلْقية والخُلُقِية:

لقد أجمع المؤرخون الذين ترجموا للآمدي على رسم صورة رائعة له كعالم إمام من أهم رجال الإسلام الذين أضافوا له إضافات جليلة، ومن أبرز تلك صفاته التي وُصِف بها:

ذكاؤه المفرط:

فيَصِفُه السبكي بأنه «أحد أذكياء العالم»[٢]، ويصفه ابن أبي أُصَيْبعة بأنه «أذكى أهل زمانه»[٣]، والذهبي بأنه: «كان يتوقَّد ذكاء»[٤]، وهذا الوصف مما اتَّفق عليه مَن عرفوا الإمام الآمدي مدرِّسًا أو مؤلِّفًا، وكتبه خير دليل على ذلك.

حفظه وإتقانه:

يقول تلميذ تلميذه الللبلي المغربي: «كان رحمه الله مقدَّمًا في العلوم النظرية، وخصوصًا في علم الجدل؛ فإنه كان في نهايةٍ من المعرفة، حتى قيل: إنه كان يحفظ

---

(١) «نقض المنطق» لابن تيمية ص١٥٦.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٦.

(٣) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

(٤) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

عشرين تصنيفًا في الجدل»[١].

وقد تقدَّم معنا حفظه متون المذهب الحنبلي «كالهداية» وغيره، ومن ذلك ما ذكره السبكي حيث قال: «ويقال: إنه حفظ «الوسيط»»[٢].

بل يزيد السبكي في وصفه سرعةَ الحفظ فيقول: «ويُحكَى أن الآمديّ رأى في منامه حجّة الإسلام الغزالي في تابوت، وكشف عن وجهه، وقَبَّله، فلما انتبه أراد أن يحفظ شيئًا من كلامه، فحفظ «المستصفى» في أيام يسيرة»[٣].

فصاحته ودقته:

يقول تلميذه ابن أبي أُصَيْبعة: «فصيح الكلام، جيد التصنيف»[٤].

وقال ابن واصل الحموي في وصفه: «وكان سيف الدين بليغًا إلى الغاية، حَسَن العبارة»[٥].

ونقل السبكي ذلك عن تلميذه ابن عبد السلام فوصفه بدقة، قال: «ما سَمِعت أحدًا يُلقي الدرس أحسن منه كأنه يخطب، وإذا غيَّر لفظًا من «الوسيط» كان لفظه أَمَسَّ بالمعنى من لفظ صاحبه»[٦].

وقال السبكي: «تصانيفه كلها منقَّحة حَسَنة»[٧].

---

(١) «فهرسة اللبلي» ص١٣٣.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٧.

(٣) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٧.

(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

(٥) «مفرج الكروب في أخبار بني أيوب» ٥: ٣٨.

(٦) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٧.

(٧) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٧.

وقال الدكتور حسن الشافعي: وكُتُب الآمدي الكلامية والفلسفية يغلب عليها الأسلوب الدقيق، والتشقيق الجدلي، وربما كان «الإحكام» ـ وهو من أواخر مؤلَّفاته ـ نموذجًا طيبًا لقوة بيانه[1].

إمامته في العلوم وجلالته:

كان إمامًا في العلوم متفنِّنًا، لا سيما العقلية منها، كلامًا وفلسفة وجدلًا، وفي أصول الفقه أيضًا، يقول ابن واصل الحموي في وصفه: «وكان إمام وقته في الأصولَين والمنطق، وغير ذلك من العلوم العقلية والخلاف»[2].

ويقول الذهبي: «ولم يكن له نظير في الأصلَين والكلام والمنطق»[3].

وقال ابن أبي أُصَيْبعة: «كان أكثر أهل زمانه معرفةً بالعلوم الحكمية، والمذاهب الشرعية، والمبادئ الطبية»[4].

فزاد ابن أبي أُصَيْبعة على كل مَن ترجموا علم الآمدي بالطب، وهذا مما لم يكد يجتمع لغيره.

وقال الصفدي: «قال القاضي ابن خلِّكان في بعض تعاليقه: ماذا عسى أن يقال في أعجوبة الدهر، وإمام العصر، وقد ملأت تصانيفه الأسماع، ووقع على تقدُّمه الإجماع...»[5].

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٥١.

(٢) «مفرج الكروب في أخبار بني أيوب» ٥: ٣٥.

(٣) «العبر في خبر من غبر» ٣: ٢١٠.

(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

(٥) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٦.

قوة حجته:

وكان قوي الحجة، لا يقطع في المناظرات، يقول العز بن عبد السلام في وصفه: «لو ورد على الإسلام مُتكلِّم أو مُشكِّك لتعيَّن الإمام سيف الدين لمناظرته؛ لاجتماع أهلية ذلك فيه»[١].

ويقول ابن واصل الحموي في وصفه: «إذا أخذ في الاحتجاج والمناظرة لا يقدر أحد على مجاراته»[٢].

ونقل ابن واصل عن الملك الناصر أنه حكى له ـ وهو في خدمته بالكرك ـ قال: «كان إذا حضر الشيخ سيف الدين عند والدي رحمه الله أقصد الحضورَ لأسمع كلامه، وأتعجَّب من بلاغته وفصاحته، وحُسْن احتجاجه، واستعلائه على الجماعة في المناظرة، قال: وقلت للملك الناصر: أيُّ الرجلين عند مولانا السلطان أفضل؛ شمس الدين الخسرو شاهي أم سيف الدين؟ فقال: سبحان الله، كيف تقول هذا؟ كل هؤلاء عند سيف الدين فراريج للذبح، سيف الدين كان يرى أنه أفضل من أستاذهم فخر الدين، فهو لا يَعْتَدّ بهم»[٣].

جمال مظهره وهيبته:

يقول ابن أبي أُصَيْبعة: «بهيّ الصورة فصيح الكلام»[٤].

لقد كان الرجل جميل الصورة مهيب المنظر، ولعل هيبة الملك المظفَّر له على خلافه معه وكُرهه له خير دليل على ذلك.

---

(١) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٨.

(٢) «مفرج الكروب في أخبار بني أيوب» ٥: ٣٨.

(٣) «مفرج الكروب في أخبار بني أيوب» ٥: ٣٩.

(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

تواضعه وإنصافه:

ومع هذا فقد كان متواضعًا منصفًا من نفسه، مثل العلماء الصادقين المنصفين، وكثيرًا ما يتردد في كتابه «أبكار الأفكار» قوله: «هذا ما عندي فيه، وعسى أن يكون عند غيري غيره»[١].

حسن خلقه وسماحة نفسه:

يصفه عصريُّه أبو شامة فيقول: «وكان حَسَن الأخلاق كبير القدر...»[٢]، ويقول ابن كثير: «كان حسن الأخلاق، سليم الصدر، كبير القدر، كثير البكاء...»[٣].

يقول سبط ابن الجوزي: «ومن سلامة صدره أنه مات له بحماة قِطٌّ، فلما أقام بدمشق بعث إلى حماة فنُقِلت عظامه في كيس، ودفنها في تُرْبته بقاسيون»[٤].

ويعلق الدكتور حسن الشافعي على هذه الحادثة بقوله: «وهي واقعة تدلنا على رقة أحاسيسه، وعظيم وفائه حتى للحيوان، فكيف بالإنسان؟! ولعمري إنها لخلّة لا نجدها بهذه الصورة عند كثيرين»[٥].

وهذه الصفات التي أطبق عليها مترجمو الآمدي تخالِف ما ذكره ابن واصل الحموي من أن الآمدي كان يحسد فخر الدين الرازي، ويُعَرِّض به في مجالسه، وينقض كلامه لا لشيء إلا للحسد[٦].

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٥١.

(٢) «الذيل على الروضتين» ص٢٤٥.

(٣) «البداية والنهاية» ١٣: ١٦٤.

(٤) «مرآة الزمان في تواريخ الأعيان» ٢٢: ٣٣٢.

(٥) «الإمام الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٥٢.

(٦) «مفرج الكروب في أخبار بني أيوب» ٥: ٣٦.

شيوخه :

بمدينته آمد:

١ـ عمار الآمدي[١].

٢ـ محمد الصفار[٢].

بمدينة بغداد:

٣ـ أبو الفتح نصر بن فتيان بن مطر، المعروف بـ«ابن المنِّيّ الحنبلي»، «لم يكن للحنابلة مثله»[٣]، قال القاضي ابن خلِّكان: «قرأ الفقه على أبي بكر أحمد بن محمد الدِّينَوَرِيِّ، ولازَمه حتى برع في المذهب والخلاف، وصار من الأئمة المشار إليهم في العلم والزهد، ودرَّس بمسجده برأس درب السيدة، وقصده الطلبة من البلاد، وتخرَّج به جماعة، وكان وَرِعًا كثير العبادة، حسن السَّمْت على منهاج السلف، أضرّ في آخر عمره وطرش، فكان لا يبصر ولا يسمع وهو يدرِّس الفقه إلى حين وفاته»، توفي ٥٨٣هـ[٤].

٤ـ الشيخ الجليل المسند المعمر أبو الفتح عبيد الله بن عبدالله بن شاتيل البغدادي الدباس، انتهى إليه عُلُوّ الإسناد فتفرَّد ورحلوا إليه[٥]، وفي سنة ٥٨١هـ توفي مسند العراق ابن شاتيل عن ٩٢ سنة[٦].

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

(٢) «سير أعلام النبلاء» ٢٢: ٣٦٤.

(٣) «الكامل في التاريخ» ١٠: ٤٦.

(٤) «وفيات الأعيان» ٢٧: ٥١-٥٢.

(٥) «سير أعلام النبلاء» ٢١: ١١٧.

(٦) «تذكرة الحفاظ» للذهبي ٤: ٨٨.

٥ـ الشيخ أبو القاسم بن فضلان: واثق بن علي بن الفضل بن هبة الله البغدادي، وربما قيل في اسمه: يحيى، وذلك أنه غيَّر اسمه في آخر الأمر.

قال ابن كثير: «وكان حسن الأخلاق وسهل الانقياد، انتفع به جماعة، واشتهر اسمه، له رياسة ووجاهة، ولُبّ جيد ونباهة، درَّس ببغداد بمدرسة دار الذهب، توفي في تاسع عشر شعبان سنة ٥٩٥هـ»(١).

قال السبكي: «كان من أئمة الفقهاء وأعلام العلماء، وفرسان الجدل»(٢).

٦ـ الحسن بن علي بن عبيدة أبو الحسن الكرخي المقرئ النحوي، أقرأ الناس مدة، وكان رأسًا في القراءات، توفي سنة ٥٨٢هـ(٣).

٧ـ أبو القاسم محمود بن المبارك المجير البغدادي، كان من أجلاء الأئمة، قال ابن النجار: برع في الأصول والفروع والخلاف والجدل وعلم الكلام وعلم المنطق، حتى صار شيخ وقته وعلامة عصره، يقصده الطلبة من البلاد البعيدة، صنَّف كتبًا كثيرة في الأصول والجدل وغيرهما، وعلَّق الناس عنه تعاليق كثيرة، توفي بهمدان سنة ٥٩٢هـ(٤).

تلاميذه:

١ـ ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر المصري المالكي جمال الدين، قال أبو شامة: «كان ركنًا من أركان الدين في العلم والعمل، بارعًا في العلوم

---

(١) «طبقات الشافعيين» ص٧٦٥.
(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٧: ٣٢٣.
(٣) «معرفة القراء الكبار» ص٣٠١.
(٤) «طبقات الشافعية الكبرى» ٧: ٢٨٧.

الأصولية وتحقيق علم العربية، متقنًا لمذهب مالك بن أنس، وكان ثقة حجة، متواضعًا عفيفًا منصفًا، محبًّا للعلم وأهله، ناشرًا له، صَبُورًا على البلوى، محتملًا للأذى». توفي سنة ٦٤٦هـ[١].

٢ـ عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الشافعي المصري، قال السبكي: «سلطان العلماء، إمام عصره بلا مدافعة، القائم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في زمانه، المطَّلِع على حقائق الشريعة وغوامضها، العارف بمقاصدها، لم يَرَ مثل نفسه، ولا رأى مَن رآه مثلَه عِلْمًا وورعًا، وقيامًا في الحق، وشجاعة وقُوّة جنان وسلاطة لسان»[٢].

قال ابن خلِّكان: «وسألت شيخنا الإمام العلامة عز الدّين بن عبد السَّلام عن درس الإمام سيف الدّين، فقال: ما سمعت أحدًا يُلقِي الدَّرْس أحسن منه، كأنه يخطب، وإذا غيَّر لفظًا من الوسيط كان لفظه أمسَّ بالمعنى من لفظ صاحبه، أو كما قال، فإني علقته من حفظي، وكفاك به جلالةً ونُبْلًا أن الإمام عز الدّين من أصحابه، ومن كبار طلابه، ملازمًا لدرسه، راضيًا طريقته، مع خبرة علانيته وسريرته، ولقد سمعته يومًا يقول: ما عرفنا قواعد البحث إلا من الشيخ سيف الدّين»[٣].

٣ـ عبد الرحمن بن إسماعيل بن إبراهيم، شهاب الدين، المعروف بأبي شامة المقدسي، وصفه الصفدي بقوله: «العلامة ذو الفنون، الفقيه المقرئ»، كتب الكثير من العلوم، وأتقن الفقه، ودرَّس وأفتى، وبرع في العربية، وصنَّف شرحًا نفيسًا للشاطبية، وله كتاب «الروضتين في أخبار الدولتين»، النورية والصلاحية، ذكر الآمدي في موضع من «الذيل على الروضتين»، فقال: «شيخنا سيف الدين

---

(١) «الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب» ٢: ٦٨.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٢٠٩.

(٣) «وفيات الأعيان» لابن خلِّكان ٢١: ٢٢٨.

الآمـدي»، مات في دمشـق سـنة ٦٦٥هـ[١].

٤ـ أحمد بن القاسم بن خليفة الخزرجي، المعروف بابن أبي أُصَيْبعة، وصفه اليونيني بقوله: «الحكيم الفاضل، له مصنَّفات...»، «كان عالِمًا بالأدب والطب والتاريخ»[٢]، «صَنَّفَ تاريخ الأطباء وجَوَّدَهُ»[٣].

وصف لقاءه بشيخه الآمدي فقال: «وكان نادرًا أن يقرئ أحدًا شيئًا من العلوم الحكميّة، وكنتُ اجتمعت به، واشتغلت عليه في كتاب «رموز الكنوز» من تصنيفه، وذلك لمودة أكيدة كانت بينه وبين أبي، وأوَّلُ اجتماعي به دخلت أنا وأبي إليه إلى داره، وكان ساكِنًا بدمشق في قاعة عند المدرسة العادلية، فلما جلسنا عنده بعد السلام، وتفضَّل بحُسْن التودُّد والكلام، نظر وقال بهذا اللفظ: ما رأيت ولدًا أشبه بوالد منكما»، توفي سنة ٦٤٦هـ[٤].

نكبته ووفاته:

يختصر القفطي نكبة الإمام الآمدي بقوله: «ولم يَزَل على ذلك إلى سنة إحدى وثلاثين وست مئة، وفي هذه السنة استولى الملك الكامل على مدينة آمد، فأُخْبِر أن صاحبها الذي انتقلت عنه كان قد راسَل السيف في السر أن يصير إليه، ويُوَلِّيه قضاء آمد، فأنكر عليه ذلك، وكونه رُوسِلَ ولم يُنْهِ ذلك، فرُفِعت يده عن المدرسة، وتعطَّل، وأقام بمنزله شهورًا قليلة ومات»[٥].

---

(١) «الوافي بالوفيات» ١٨: ٦٧.

(٢) «شذرات الذهب في أخبار من ذهب» ٧: ٥٦٩.

(٣) «الوافي بالوفيات» ٧: ١٩٣.

(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥٠.

(٥) «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٥.

هكذا وقع الإمام الزاهد ضحية تجاذُب سياسي ومنصب لم يكن يطمع فيه ولا يطمح إليه، بل لقد ذكر غير واحد من المؤرخين أن حكام دمشق الأيوبيين كانوا يكرهونه، إلا أنّ مكانته العلمية منعتهم من عَزْله، حتى وجدوا سببًا لذلك فعُزِل من وظيفة التدريس، واعتزل الناس في بيته إلى أن توفّاه الله تعالى، بل ربما كانت هذه العملية مدبَّرة لعزله رغم عدم ذِكْر المؤرخين لذلك، فلقد ظلَّت المؤامرات من الحاسدين والأعداء تطارد هذا الجبل الشامخ، وما نقموا منه إلا العلم والذكاء رحمه الله.

يقول الدكتور الشافعي: «في هذا الجو القاسي أمضى الآمدي أيامه الأخيرة في دمشق، حتى أسلم الروح، وثوى في سفح قاسيون بعد أن بلغ الثمانين، قضاها في جهاد علمي موصول، لم يَفْتُرْ يومًا رغم قسوة الظروف، وتوالي الأزمات، يقول أبو المظفر: وأقام الآمدي خاملًا في بيته، قد طفئ نور سعادته، إلى أن توفي في صفر ودُفِن بقاسيون في تربته»[١] سنة **٦٣١**هـ[٢].

ومقصده بالخمول والبطالة وانطفاء نور السعادة هو تقاعده واعتزاله للمناصب العلمية والسياسية نهائيًا، ولكن آراءه وكتبه كانت تملأ الآفاق، وقد أصبح متكلم الإسلام الأول الذي «لو ورد على الإسلام متزندق مشكِّكٌ ما تعيَّن لمناظرته غيره؛ لاجتماع أهلية ذلك فيه».

أما الرجل فيبدو أن المحنة لم تَنَلْ منه، فلم يتوقف عن دراساته العلمية، حتى في أيامه العصيبة هذه[٣]، فلئن كان عُزِل عن منصب زائل، ووظيفة عارضة، فإن الحياة في نظر الإمام الآمدي وظيفة كبيرة، وهو في الثمانين من عمره وقد دَقّ

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٤٧.

(٢) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١، «وفيات الأعيان» **٣: ٢٩٤**.

(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٤٧.

عظمه، واشتعل شيبه، يعمل ويشتغل في كتابة العلم وتحريره، يلخِّص الذهبي ذلك بعبارة دقيقة هي قوله: «ولزم بيته يشتغل»[١].

وقد كان سنُّ الإمام الآمدي يوم عُزِل ثمانين سنة، قال ابن كثير: «ولزم بيته إلى أن مات في هذه السنة وله ثمانون عامًا»[٢].

لقد أدَّى الرجل الذي عليه، فقد عرفته الأمة منافحًا عن عقائدها، معلِّمًا رجالها، إلا أن كل ذي نعمة محسود، وبقدر عِظَم المرء يُبْتَلَى، رحمه الله رحمة واسعة، وجزاه عن هذه الأمة خير ما يجزي عباده الصالحين.

كتبه ومؤلفاته :

أصول الفقه:

١ـ «الإحكام في أصول الأحكام»: قال ابن الحاجب: «ما أُلِّف في أصول الفقه مثل كتاب سيف الدين الآمدي»[٣]، واعتبره ابن خلدون «جامعًا لكتب مَن سبقه من الأصوليين على طريقة الفقهاء، إضافة إلى وَلَعِه بتحقيق المذاهب وتفريع المسائل»[٤]، وهو مطبوع متداوَل، وأجود طبعاته طبعة دار الصميعي التي علَّق عليها الشيخ عبد الرزاق عفيفي رحمه الله.

٢ـ «لباب الألباب»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة[٥]، ....

---

(١) «العبر في خبر من غبر» ٣: ٢١٠.

(٢) «البداية والنهاية» ١٣: ١٦٥.

(٣) «الوافي بالوفيات» ٢١: ٢٢٨.

(٤) «المقدمة» لابن خلدون ٣: ١٩.

(٥) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.

وابن خلِّكان[١]، يقول الدكتور حسن الشافعي: «والإشارات في مؤلَّفات الرجل نفسه تدلنا على أن هذا الكتاب في علم أصول الفقه، وأنه سابِقٌ على تأليف «الإحكام» و«المنتهى»، ولا نعرف شيئًا عن مكان وجوده»[٢].

٣ـ الترجيحات: وقد أحال عليه الإمام الآمدي في آخر كتاب «منتهى السول»، يقول الدكتور الشافعي: «وواضح أنه يمكن أن يُعَدَّ في كتبه الأصولية كما يمكن أن يُعَدَّ أيضًا من جهة أخرى في كتب الخلاف والجدل، ولا نعرف شيئًا عن مكان وجوده»[٣].

٤ـ «منتهى السول في علم الأصول»: ذكره ابن خلِّكان[٤] وغيره، قال المؤلف في مقدِّمته بعد أن ذكر كتاب «الإحكام»: «فرأيت النزول عن ذلك البسط العظيم والخطب الجسيم إلى مختصر لائق بأفهام أهل الزمان، وضعف دواعي طلاب هذا الأوان، على وجه لا نُخِلُّ فيه بشيء من قواعده...»[٥]، فهو على هذا مختصر كتاب «إحكام الأحكام»، ويظهر ذلك لمن قرأ فيه، وهو مطبوع متداوَل.

الجدل والخلاف:

١ـ «غاية الأمل في علم الجدل»: وهو شرح لكتاب السيد شهاب الدين المعروف بالشريف المراغي، وقد عُنِي به الآمدي في دراسة هذا العلم ببغداد، إضافة إلى طريقة أسعد الميهني كما تقدَّم، وهما من أبرز المؤلَّفات في هذا العلم، وكثيرًا ما كان يعزو إليه في «الأبكار»، فقد تكرَّر في «الأبكار» قوله: «وقد استقصينا تقرير ذلك، ودَفْع ما

(١) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.

(٢) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٦٩.

(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٦٩.

(٤) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.

(٥) «منتهى السول في علم الأصول» ص٦.

يَرِد عليه من الإشكالات في كتاب «شرح الجدل» وغيره من كتبنا»[١].

وقد ذكره ابن أبي أُصَيْبعة باسم «غاية الأمل في علم الجدل»[٢]، ومن بعدهما، يقول الدكتور الشافعي: «والنسخة الوحيدة الموجودة منه ـ فيما علمت ـ بالمكتبة الأهلية بباريس برقم: ٥٣١٨ كما ذكر بروكلمان»[٣].

٢ـ «المآخذ الجلية في المؤاخذات الجدلية»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة، وسمّاه «المؤاخذات في الخلاف»[٤]، إلا أننا لا نعرف عن هذا الكتاب غير اسمه[٥].

٣ـ «دليل متحد الائتلاف جارٍ في جميع مسائل الاختلاف»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة[٦] وغيره، ولا نعرف عنه غير اسمه الذي يشير إلى أنه من الكتب الخلافية[٧].

٤ـ «التعليقة الكبيرة» (طريقة الخلاف): ذكرها ابن أبي أُصَيْبعة[٨]، وأغلب من ترجموا له، والظاهر أنهما كتاب واحد، إلا أننا لا نعرف عنه شيئًا، ولعله اختصر منه «التعليقة الصغيرة»، أو بسط فيه القول على خلاف ما صنع فيها[٩].

٥ـ «التعليقة الصغيرة» (الطريقة الصغيرة): وهي التي بين أيدينا، وسنتعرض لها لاحقًا إن شاء الله.

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧١.
(٢) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧١.
(٤) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٥) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٢.
(٦) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٧) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٢.
(٨) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٩) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٢.

الفلسفة:

١ـ «النور الباهر في حكم الزواهر»: ذكره القفطي، ونص على أنه يقع في خمس مجلدات[١]، ويوجد بدار الكتب العمومية بإستنبول، يقول الدكتور حسن الشافعي: «ولعله أكبر كتبه الفلسفية»[٢].

٢ـ «دقائق الحقائق»: وهو من أهم كتبه الفلسفية، ومن أقدمها تأليفًا فيما نعلم؛ إذ يشير في كتابه «الأبكار» إليه بقوله: ««دقائق الحقائق» وغيره من كتبنا المخصوصة بهذا الفن»، وقد ذكره القفطي وسمّاه: «كتاب الحقائق في علوم الأوائل»، وذكر بأنه ثلاث مجلدات[٣]، وذكره ابن خلِّكان[٤]، وابن أبي أُصَيْبعة[٥]، وغيرهم، وللجزء الأول منه نسخة في جامعة برنستون[٦].

٣ـ «رموز الكنوز»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة في «طبقات الأطباء»[٧]، وأورده مستقلًّا عن «منائح القرائح»، غير أن ابن خلِّكان يقول في «وفيات الأعيان»: «فمن ذلك كتاب «أبكار الأفكار» في علم الكلام، اختصره في كتاب سمّاه: «منائح القرائح ورموز الكنوز»»[٨]، ويرى الدكتور الشافعي أن «المنائح» و«الرموز» كتابان مختلفان، وأن الثاني ليس مختصرًا لـ«الأبكار»، بل هو كتاب في الفلسفة، و«الأبكار» في أصول

(١) «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٥.
(٢) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٥.
(٣) «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص١٨٥.
(٤) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.
(٥) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٦) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٧.
(٧) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٨) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.

الدين، بل هو سابق على كتاب «الأبكار»، فكيف يكون اختصارًا له، قال الدكتور الشافعي: ولا نعرف عنه شيئًا كذلك[١]. وأرى أن عطف ابن خلِّكان للكتاب الثاني على الأول لا يعني اعتبارهما كتابًا واحدًا، بل ربما قصد أنه اختصر «الأبكار» مرتين، أو عطف مستأنِفًا تعداد كتبه.

٤ـ «كشف التمويهات»: وهو من أهم كتبه الفلسفية، سمّاه ابن أبي أُصَيْبعة: «كشف التمويهات في شرح التنبيهات»، وقد ألَّفه أو أتم تأليفه قبل سنة ٦١٧هـ بحماة، وأهداه إلى أميرها المنصور بن تقي الدين[٢]، وتوجد منه قطعة في ٣٣ صفحة بمكتبة المتحف البريطاني بلندن رقم ٢٥٣ شرقي، وقد نقلت عنها نسخة مصوَّرة بمعهد المخطوطات بجامعة الدول العربية بالقاهرة[٣].

٥ـ «المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين»: وهو كما يظهر من اسمه في تعداد المصطلحات الفلسفية والكلامية، وإن كان أكثرها فلسفيًّا، وهذا موضوع الفصل الأول منه، ثم بيان معانيها المختلفة، وهو موضوع الفصل الثاني منه، والكتاب يقوم على هذَين الفصلَين بعد مقدِّمة موجزة يشير فيها إلى إهدائه لخاصة أمير المؤمنين... ولعله أمير حماة، حقَّقه الدكتور حسن الشافعي على ثلاث نسخ خطية، طبعته مكتبة وهبة بمصر.

٦ـ «فرائد الفوائد»: ذكره البغدادي في «هدية العارفين»، ونصَّ على أنه مجلد في الحكمة، ولم أجد هذا عند غيره، فلعله رآه بنفسه[٤].

---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٩.
(٢) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.
(٣) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٨٠.
(٤) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٨٥.

علم الكلام:

١ـ «أبكار الأفكار»: وهو موسوعة كلامية حافلة أنجزها في مقامه بمصر حسبما يرى الدكتور حسن الشافعي[١]، يقول: ويبدو أنه ظلَّ يُنقِّحها ويُضيف إليها حتى أتمها سنة ٦١٢هـ قُبَيْل رحيله من مصر إلى الشام، كما هو مدوَّن على النسخة المنقولة من نسخة المؤلف الأصلية[٢]، وهو مطبوع متداوَل.

٢ـ «منائح القرائح»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة في «طبقات الأطباء»[٣]، وابن خلِّكان في «الوفيات»[٤]، وغيرهما.

ولا يستبعد الدكتور الشافعي أن يكون الإمام الآمدي قد اختصر فيه كتابه الكبير «أبكار الأفكار»، كما فعل في «منتهى السول» الذي اختصر فيه «الإحكام»، ولا يُعْرَف عنه شيء[٥].

٣ـ «غاية المرام في علم الكلام»: ذكره ابن أبي أُصَيْبعة[٦] وغيره، حقَّقه الشيخ الدكتور حسن الشافعي على نسخة وحيدة، أصلها في مكتبة شهيد علي بإستنبول، رقم ١٦٩٤.

وقد نشره المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة عام ١٩٧١م.



---

(١) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٨٦.

(٢) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٨٦.

(٣) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.

(٤) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٣.

(٥) «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٩١.

(٦) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦٥١.

الفصل الثاني
علم الخلاف والطريقة الفقهية

مفهومه وتعريفه:

رغم الممارسة القديمة ـ من علماء الشريعة ـ لهذا العلم النبيل تطبيقًا وتنظيرًا إلا أن مفهومه وتعريفه تأخَّر عن قيامه، ككثير من العلوم التي عرفتها البشرية، وذلك أمر منطقي، فقد نشأ علم الخلاف وبدأ التأليف فيه استجابةً لدواعٍ علمية وثقافية، ووفاء بحاجات المتعلمين والمتناظرين، والمفتين والمستفتين.

أما تقسيم العلوم وإحصاؤها، وتصنيفها وتعريفها، فتلك في الغالب مرحلة متأخِّرة، تتأخَّر عن نشأة العلوم ذاتها، ولا يكون ذلك إلا عندما يراد دراسة الحياة الفكرية والعلمية، ودراسة مظاهرها، وتطوُّرها، وتنوُّعها، وتشعُّبها.

ورغم أن هناك مَن كتب في تصنيف العلوم وتاريخها، إلا أننا لا نجد كلامًا واضح المعالم عن هذا العلم النبيل قبل العلامة العبقري ابن خلدون (ت٨٠٨هـ)، فقد عقد له فصلًا في «مقدمته» سمّاه: «أصول الفقه وما يتعلق به من الجدل والخلافيات».

تناول فيه علم الخلاف بعد أن انتهى من علم أصول الفقه، قال رحمه الله: «وأما الخلافيات فاعلم أن هذا الفقه المستنبَط من الأدلة الشرعية، كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم، خلافًا لا بد من وقوعه لما قدَّمناه، واتَّسع ذلك في الملة اتساعًا عظيمًا، وكان للمقلدين أن يقلِّدوا مَن شاؤوا منهم.

ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار، وكانوا بمكان من حُسْن الظن بهم، اقتصر الناس على تقليدهم، فأُقيمت هذه المذاهب الأربعة أصولَ الملة، وأُجْرِي الخلاف بين المتمسكين بها والآخذين بأحكامها، وجرت بينهم مناظرات في تصحيح كل منهم مذهب إمامه، تجري على أصول صحيحة، وطرائق قويمة، يحتج بها كلٌّ على مذهبه الذي قلَّده وتمسَّك به، وأُجْرِيت في مسائل الشريعة كلها، وفي كل باب من أبواب الفقه.

فتارة يكون الخلاف بين الشافعي ومالك، وأبو حنيفة يوافق أحدَهما، وتارة بين مالك وأبي حنيفة، والشافعي يوافق أحدهما، وتارة بين الشافعي وأبي حنيفة، ومالك يوافق أحدَهما.

وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء الأئمة، ومثارات اختلافهم، ومواقع اجتهادهم، كان هذا العلم يسمى بالخلافيات»[1].

هكذا فتح العلامة ابن خلدون الباب بتعريفه لهذا العلم، ثم تتابع العلماء على طريقة أصحاب الحدود والتعريفات، وبعد ابن خلدون بنحو قرن من الزمان، عرَّفه المؤرخ أحمد بن مصطفى ـ المعروف بـ (طاش كبري زاده) ـ (ت٩٦٨هـ) بقوله: «وهو علمٌ باحِثٌ عن وجوه الاستنباطات المختلفة من الأدلة الإجمالية والتفصيلية، الذاهب إلى كلٍّ منها طائفة من العلماء، ثم البحث عنها بحسب الإبرام والنقض لأي وضع أُريد في تلك الوجوه»[2].

أما المؤرخ حاجي خليفة ـ المعروف بكاتب جلبي ـ (ت١٠١٧هـ)، فقد عرَّفه بقوله: «وهو علم يُعْرَف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودَفْع الشُّبَه وقوادح الأدلة

---

(١) «المقدمة» لابن خلدون ٣: ٢٠.

(٢) «مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم» ١: ٢٨٣.

الخلافية، بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذي هو قسم من المنطق، إلا أنه خُصَّ بالمقاصد الدينية»[١].

وقد عرف القنوجي (ت١٣٠٧هـ) علم الخلاف بأنه: «هو علم يُعْرَف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشُّبَه وقوادح الأدلة الخلافية، بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذي هو قسم من المنطق، إلا أنه خُصَّ بالمقاصد الدينية»[٢].

وعرَّفه تعريفًا آخر بقوله: «وقد يُعرف بأنه علم يُقْتَدر به على حفظ أي وضع، وهدم أي وضع كان بقدر الإمكان، ولهذا قيل: الجدلي إما مجيب يحفظ وضعًا، أو سائل يهدم وضعًا، وقد سبق في علم الجدل»[٣].

وقد نقل القنوجي عن كتاب «مدينة العلوم»: أن الفرق بين علم الخلاف وعلم الجدل هو أن البحث في الجدل بحسب المادة، والبحث في الخلاف بحسب الصورة، قال في «مدينة العلوم»: «الفرق بين الجدل الواقع بين أصحاب المذاهب الفرعية كأبي حنيفة والشافعي وغيرهما، وبين علم الخلاف؛ أن البحث في الجدل بحسب المادة، وفي الخلاف بحسب الصورة»[٤].

فائدة علم الخلاف:

ليس علم الخلاف ببعيد عن علم المقارنة الذي ندرسه نحن في عصرنا، والذي صار يُتَّبَع في جوانب شتى من العلوم، كالأدب المقارن، والقانون المقارن، والفقه المقارن، وفائدة ذلك لا تخفى؛ إذ من خلاله تُعرَض الآراء المختلفة وتُبيَّن حججها،

(١) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١: ٧٢١.
(٢) «أبجد العلوم» للقنوجي ص٣٩٢.
(٣) «أبجد العلوم» للقنوجي ص٣٩٢.
(٤) «أبجد العلوم» للقنوجي ص٣٩٢.

يقول ابن خلدون ـ متحدثًا عن علم الخلاف الفقهي ـ: «وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم، ومران المطالعين له على الاستدلال»[١].

ويقول طاش كبري زاده: «وغرضه تحصيل ملكة الإبرام والنقض، وفائدته دفع الشكوك عن المذهب، وإيقاعها في المذهب المخالف»، ثم يأسى على ضياع هذا العلم واندراسه في زمنه، وما ترتَّب على ذلك، فيقول: «قد ضاعت كتبه، وانطمست آثاره، وبطلت في زماننا هذا، حتى إن طلبة زماننا لا يتفطَّنون للفرق بين الخلاف والجدل والمناظرة، فضلًا عن معرفة شيء من كتبها، فضلًا عن الاطلاع على بعض مسائلها، وإلى الله المشتكى من زمان صار الكلام فيه كلامًا بلا أثر، والخلاف فيه خلافًا بلا ثمر، والأصول فضولًا، والمعقول مغفولًا»[٢].

وهذا إمام أهل الحديث أحمد بن حنبل يقول: «ما زلنا نلعن أهل الرأي ويلعنوننا حتى جاء الشافعي فمزج بيننا»[٣].

قال القاضي عياض رحمه الله: «يريد أنه تمسَّك بصحيح الآثار واستعملها، ثم أراهم أنّ من الرأي ما يُحتاج إليه، وتَنبني أحكامُ الشرع عليه، وأنه قياس على أصولها ومنتزَع منها، وأراهُم كيفية انتزاعها، والتعلُّق بعِلَلها وتنبيهاتها، فعَلِم أصحاب الحديث أن صحيح الرأي فرعُ الأصل، وعَلِم أصحاب الرأي أنه لا فرع إلا بعد الأصل، وأنه لا غنى عن تقديم السُّنَن وصحيح الآثار أولًا»[٤].

وما كان الإمام الشافعي ليجمع بين أهل الحديث وأهل الرأي الجمعَ الحَسَن لولا معرفته بأقوالهم ومستنداتهم وحججهم.

---

(١) «المقدمة» لابن خلدون ٣: ٢١.

(٢) «مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم» ١: ٢٨٣.

(٣) «ترتيب المدارك وتقريب المسالك» للقاضي عياض ١: ٩١.

(٤) «ترتيب المدارك وتقريب المسالك» للقاضي عياض ١: ٩١.

ولا شك أن هذا العلم مما يُعِين على نَبْذ التعصب المذهبي، ويُوسع الفكر والعقل، فمن عرف أدلة العلماء ومآخذهم، وعرف أنها تنبع من معين واحد، وأنهم ورثة الأنبياء، وليس أحد أكثر منهم غيرة على هذه الشريعة الغراء، كان ذلك صارفًا له عن التعصب المقيت، وتبديع الأمة وتفسيق علمائها، وحَشْر الحق في زاوية واحدة، وفي مذهب بعينه.

ومن فائدة هذا العلم النافع تظهر قيمته وفضله، بل إن مَن زعم أنه أشرف العلوم الشرعية وأنبلها لم يُبالغ؛ فما من علم من علوم الشريعة إلا وله فيه نصيب، فهذا القرآن لا يَعِيه ولا يفهمه حق الفهم إلا مَن عرف فقهه وأحكامه، والسنة الشريفة أدلة هذا العلم وبراهينه، واللغة والكلام آلته، من هنا كان علم الخلافيات علمًا عاليًا ظاهرًا على غيره من العلوم، وكان صاحبه مقدَّمًا على غيره من العلماء، ومن لم يُحْكِم تلك العلوم فهو من معرفته أبعد وأبعد.

مبادئه ووسائله :

يقول ابن خلدون: «ولا بد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام، كما يحتاج إليها المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستنبَطة من أن يهدمها المخالِف بأدلته»[١].

كما يُحتاج في هذا الفن لعلم الجدل وعلوم اللغة العربية، وهو ما أشار إليه طاش كبري زاده بقوله: إن مبادئه مستنبَطة من علم الجدل، وذكر أن له استمدادًا من العلوم العربية والشرعية[٢].

---

(١) «المقدمة» لابن خلدون ٣: ٢٠.

(٢) «مفتاح السعادة» لطاش كبري زاده ١: ٢٨٣.

أول من ألف في علم الخلاف:

كان الصحابة الكرام يتعاطَوْن هذا العلم فيما بينهم، ويستدل بعضهم على بعض في المسائل العلمية، وقد وصل إلينا الكثير من ذلك في ثنايا الكتب.

وقد أفرد بعض العلماء خلاف بعض الصحابة لبعض، مثل ما كتب الإمام الزركشي[١]، وعليه أسَّس السيوطي[٢]، حيث جمعا كثيرًا مما خالفت فيه عائشةُ الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

وبَوَّب الحافظ ابن عبد البر لذلك بابًا حافلًا في كتابه «جامع بيان العلم وفضله»: «باب إتيان المناظرة والمجادلة وإقامة الحجة»، وأتى بنماذج كثيرة من مناظرات الصحابة، وإقامتهم الحجج على بعضهم وعلى غيرهم، «وتجادَل أصحاب رسول الله ﷺ يوم السقيفة، وتدافعوا، وتناظروا، حتى صار الحق في أهله، وتناظَروا بعد مبايعة أبي بكر في أهل الرِّدّة، وفي فصول يطول ذِكْرها»[٣].

ويُنْسَب كذلك للإمام الأعظم أبي حنيفة كتاب في اختلاف الصحابة، إلا أن تأسيس التأليف فيه بمعناه الذي نقصد لم يظهر إلى أن جاء القاضي أبو يوسف؛ خِرِّيج مدرسة أبي حنيفة الأول، فألَّف أقدم كتاب في هذا العلم، وهو كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»، فكان أول من كتب فيه فيما وصل إلى أيدينا، إلا أن هذا الكتاب لم يكن مستوعبًا لأبواب الفقه، على ما هو معروف عندنا اليوم.

ولم يطل الوقت حتى خرج أحد أعلام مدرسة الحنفية ومجتهديها، وهو الإمام

---

(١) «الإجابة فيما استدركته عائشة على الصحابة»، وهو مطبوع متداول.

(٢) «عين الإصابة فيما استدركته عائشة على الصحابة»، وهو مطبوع متداول.

(٣) «جامع بيان العلم وفضله» ٢: ٩٥٣-٩٥٨.

محمد بن الحسن الشيباني، فكتب كتابه الذي لم يُسْبَق إلى مثله «الحجة على أهل المدينة»، فكان مستوعبًا لأغلب أبواب الفقه مُتْقِنًا في طرحه للمسائل، مع مناقشة أدلة المخالفين، فهو بحق مؤسِّس هذا الفن وصاحب السبق فيه.

ويرى طاش كبري زاده أن أول مَن أخرج علم الخلاف هو أبو زيد الدَّبُّوسِي (ت٤٣٠هـ)، قال: «واعلم أن أول من أخرج علم الخلاف في الدنيا أبو زيد الدَّبُّوسِي الحنفي»[١].

وفي هذا نظر؛ لأنه إن قصد به التأليف في المسائل الخلافية فقد كان معروفًا من قبله في بواكير التأليف الفقهي كما قدَّمنا من قبل، وإن كان يقصد به عقد مجالس المناظرة والجدل فهو مسبوق به كذلك معروف في العهود القديمة، ومجالس أبي حنيفة وأصحابه ومناظراتهم معروفة مشهورة.

ومن ذلك ما نقل الموفق المكي في مناقب أبي حنيفة أنه كان يُلْقِي الفقه على أصحابه مسألة مسألة، «يقلبها ويسمع ما عندهم ويقول ما عنده، ويناظرهم شهرًا أو أكثر من ذلك حتى يستقر أحد الأقوال فيها، ثم يثبتها القاضي أبو يوسف في الأصول، حتى أثبت الأصول كلها»[٢].

ونقل الذهبي عن سفيان بن عيينة أنه قال: «مررت بأبي حنيفة في المسجد، وإذا أصحابه حوله قد ارتفعت أصواتهم، فقلت: ألا تنهاهم عن رفع الصوت في المسجد؟ قال: دعهم؛ فإنهم لا يتفقَّهون إلا بهذا»[٣].

ومن ذلك ما رُوِي عن أبي طالب القاضي ـ أحد أعيان المالكية في القيروان ـ

---

(١) «مفتاح السعادة» لطاش كبري زاده ١: ٢٨٤.

(٢) «مناقب أبي حنيفة» للموفق المكي ٢: ١٣٣.

(٣) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبَيه» للذهبي ص٣٥.

من أنه كان «حريصًا على المناظرة، فيجمع في مجلسه المختلفين في الفقه، ويُغري بينهم لتظهر الفائدة»[١].

وزعم الجاحظ (ت٢٥٥هـ) قديمًا أنه ألَّف كتابًا جامعًا مختصًّا باختلاف العلماء، فقال في بعض رسائله لعبد الله بن أحمد بن أبي دؤاد: «وعندي ـ أبقاك الله ـ كتابٌ جامعٌ لاختلاف الناس في أصول الفُتيا التي عليها اختلفت الفروع وتضادَّت الأحكام، وقد جمعت فيه جميع الدعاوى مع جميع العلل، وليس يكون الكتاب تامًّا، ولحاجة الناس إليه جامعًا، حتى تحتجَّ لكلِّ قولٍ بما لا يصاب عند صاحبه، ولا يبلغه أهله، وحتى لا نرضى بكشف قناع الباطل دون تجريده، ولا بتوهينه دون إبطاله»[٢].

وذكر ابن خلِّكان أن أول مَن أفرد علم الخلاف بالتأليف هو ركن الدين العميدي (ت٦١٥هـ)، وهذا متأخِّر عن الدبوسي بله الجاحظ، بل هو متأخِّر حتى عن الناصحي (ت٤٤٧هـ)[٣] الذي له طريقة في علم الخلاف، قال عنها صاحب «الجواهر المضية»: «وله الطريقة الحسنة في الفقه، المرضية عند الفقهاء من أصحابه»[٤]، بيد أن حاجي خليفة فصل في أوَّلِيّة تأليف العميدي للطريقة بقوله:

---

(١) «ترتيب المدارك» لعياض ٤: ٣٠٩.

(٢) «الرسائل» للجاحظ ١: ٣١٤.

(٣) عبد الله بن الحسين الناصحي (ت٤٤٧هـ)، شيخ الحنفية في عصره، قال القرشي: «قاضي القضاة وإمام الإسلام، وشيخ الحنفية في عصره، والمقدَّم على الأكابر من القضاة والأئمة في دهره، وَلِي القضاء للسلطان الكبير محمود بن سبكتكين ببخارى، له مجلس التدريس والنظر والفتوى والتصنيف، وله الطريقة الحسنة في الفقه المرضية عند الفقهاء من أصحابه، وكان وَرِعًا مجتهدًا». «الجواهر المضية» للقرشي ١: ٢٧٤.

(٤) «الجواهر المضية» للقرشي ١: ٢٧٤.

«وهي عامة في كل دليل يستدل به من أي علم كان، وهذا العميدي هو أول من كتب فيها، ونُسِبَت الطريقة إليه»[١].

وهذا يعني أننا أمام طريقة مختلفة مختلطة تتجاوز علم الفقه إلى علوم أخرى من حيث الآلة المستخدمة في الاحتجاج للمسائل الفقهية، وهذا تطوُّر علمي مهم يعطي صاحبه دون شك أوَّلِيّة معينة، وهكذا فإن الأولية التي يتحدث عنها المؤرخون أولية نسبية، ومما يشير إلى ذلك قول حاجي خليفة نفسه: «إن أول مَن صنَّف فيها من الفقهاء الإمام أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفّال الشاشي الشافعي (ت**٣٣٦هـ**)»[٢].

وقد جعل ابن خلدون طريقة العميد وطريقة البزدوي وأمثالهما من الجدل الفقهي لا من الخلافيات، فتفهم بذلك الأولية المقصودة، وقد عرَّف علم الجدل الفقهي بأنه: «معرفة القواعد من الحدود والآداب في الاستدلال التي يُتوصَّل بها إلى حفظ رأي أو هدمه، كان ذلك الرأي من الفقه أو غيره»[٣].

أسبقية التأليف في علم الخلاف على علم الفقه :

من نافلة القول كون علم الفقه سابقًا لعلم الخلاف الفقهي؛ لأنه أصل مادته ومنبعه، وإنما كان علم الخلاف الفقهي تطوُّرًا من تطوُّرات علم الفقه، وذلك أنه يلزم أولًا معرفة آحاد المذاهب المختلفة قبل معرفة اختلافها وأدلتها؛ إذ يجب معرفة الوفاق أولًا قبل معرفة الخلاف، لكن الغريب في الأمر هو كون التأليف في علم الخلاف كان سابقًا على التأليف في علم الفقه الذي يعتبر أصله.

---

(١) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١ :٥٠٨.

(٢) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١ :٥٠٨.

(٣) «المقدمة» لابن خلدون **٣**: **٢٢**.

ولربما كان الأمر نفسه وقع مع علم أصول الفقه الذي هو أصل هذَين العلمَين معًا، فنجد «الرسالة» للإمام الشافعي هي أول كتاب أصولي مستقل، وقد سُبِقَتِ «الرسالة» بكتب فقهية لقدماء الحنفية والمالكية، ككتب أبي يوسف القاضي، ومحمد بن الحسن الشيباني، ومدوَّنات المالكية، و«جامع» الثوري، وغيرها.

وهذه الكتب الفقهية المذكورة هي في الحقيقة كتب خلافية؛ إذ اعتمدت ذِكْر الأدلة والرد على الخصوم، وإن كانت متفاوتة في ذلك، لتأتي بعد ذلك مرحلة المختصرات التي هَذَّبَتْ هذه الكتب المطوَّلة واختصرتها «كمختصر المزني»، ومختصرات المدوَّنة، وكتاب «الكافي» للحاكم الشهيد، الذي هو مختصر لكتب محمد بن الحسن الستة المعروفة بكتب ظاهر الرواية، وهكذا فإن علم الفقه المدوَّن بدأ خلافيًّا، إلى أن جاءت المختصرات فأفردت المذاهب والآراء المذهبية مجرَّدة عن الخلاف.

وقفة مع الغزالي في ذم علم الخلاف :

وللغزالي موقف متشنِّج من علم الخلاف، يرى فيه أنه علم مبتدَع لم يكن عليه السلف، ويُحذِّر منه غاية التحذير، قال رحمه الله: «أما الخلافيات التي أُحدثت في هذه الأعصار المتأخِّرة، وأُبدع فيها من التحريرات والتصنيفات والمجادلات ما لم يُعْهَد مثلها في السلف، فإياك وأن تحوم حولها، واجتَنِبْها اجتناب السم القاتل، فإنها الداء العُضال، وهو الذي رَدَّ الفقهاء كلهم إلى طلب المنافسة والمباهاة، على ما سيأتيك تفصيل غوائلها وآفاتها»[١].

ويدفع الغزالي عن نفسه شبهة الجهل بهذا العلم بأنه خبير به، فقد أفنى فيه

(١) «إحياء علوم الدين» للغزالي ١: ٤١.

زمانًا، وألَّف فيه وناقَش، وجادَل وناظَر، وزاد فيه على الأوَّلين تصنيفًا وتحقيقًا، وجدلًا وبيانًا، ثم هجره بعدما تبيَّن له عواره وخطره، ويَرُدُّ الغزالي على القائلين بأن عِلَل الفقه لا تُعْرَف إلا من خلال علم الخلاف والجدل بقوله: «فلا يغرَّنك قول مَن يقول: الفتوى عماد الشرع، ولا يعرف عِلَله إلا بعلم الخلاف؛ فإن علل المذهب مذكورة في المذهب، والزيادة عليها مجادلات لم يعرفها الأولون، ولا الصحابة، وكانوا أعلم بعِلَل الفتاوى من غيرهم»(١).

وقد حمل الغزالي النصوص الواردة في ذم الجدال والمراء على هذا العلم الشريف، وذكر أن من يتعلمونه إنما يتعلمونه لنَيْل المناصب ورفع الدرجات عند الناس والسلطان، والذي يظهر للباحث أن الحامل للغزالي على نقده هذا هو الواقع الذي شاهَدَه وعايَنَه من بعض أهل عصره، فينصرف الذم إلى مَن فعل مثل فعلهم، وتعلَّم هذا العلم للمراء والجدال، أما مَن تعلَّمه للتمرين وشَحْذ الذهن والهمة فهو على خير إن شاء الله.

ومما يؤكِّد ذلك ما ورد عن بعض الأئمة، كالماوردي عند ذِكْر أسباب التقصير في العلم: «ومنها: أن يحب الاشتهار بالعلم؛ إما لتكسُّب أو لتجمُّل، فيقصد من العلم ما اشتهر من مسائل الجدل وطريق النظر، ويتعاطى علم ما اختُلِف فيه دون ما اتُّفِق عليه؛ ليناظر على الخلاف وهو لا يعرف الوفاق، ويجادل الخصوم وهو لا يعرف مذهبه، فذاك مخصوم»(٢).

وبالنظر إلى ما نقله الماوردي نفسه عن بعض العلماء من الحضِّ على المناظرة نتأكَّد من أن ذم المناظرة يتوجَّه إلى ما لم تُلْتَزَم فيه الضوابط الأخلاقية،

---

(١) «إحياء علوم الدين» للغزالي ١: ٤١.

(٢) «أدب الدنيا والدين» للماوردي ص٩٠.

يقول الماوردي نقلًا عن بعض العلماء: «لا تُخْلِ قلبك من المذاكرة فيعود عقيمًا، ولا تُعْفِ طبعك عن المناظرة فيصير سقيمًا»[١].

بل جزم حافظ المغرب ابن عبد البر بأن الفقه لا يُنال إلا بالمناظرة والتفهُّم، قال رحمه الله: «وأما الفقه فلا يُوصَل إليه، ولا يُنال أبدًا دون تناظُر فيه وتفهُّم له»[٢].

وجعل ابن عبد البر ذلك من عمل الأولين كما يُفْهَم من نسبته ذلك للقوم: «وتناظر القوم وتجادلوا في الفقه»[٣]، ومثَّل لمناظرات الصحابة بأمثلة كثيرة، بل احتج ابن عبد البر لمشروعية المناظرة بقول الله تعالى: ﴿فَلِمَ تُحَآجُّونَ فِيمَا لَيْسَ لَكُم بِهِۦ عِلْمٌۚ﴾ [آل عمران: ٦٦]، قال رحمه الله: وهذه الآية «دليل على أنّ الاحتجاجَ بالعلم مباحٌ شائعٌ لمن تدبَّر»[٤].

وعند التأمُّل نجد أن الغزالي إنما حمله على ذَمِّ هذا العلم ما عايَنه بنفسه، ورآه من أهل عصره من التباغض والتفاخر، فهو على هذا إنما يذم ما رأى وعايَن، فيُحْمَل ذمه على ذلك، وما اتَّصف بالصفات الحميدة من الأدب والتعليم والتدرب على النقاش فهو محمود غير مذموم.

اسم الطريقة أو التعليقة عند المؤلفين:

ربما نجد اختلافًا بين الكلمتين من الناحية اللفظية، فكأن «التعليقة» مبنية على أساس هو المتن المعلَّق عليه، أو معلَّقة من كلام الشيخ إن كان صاحبها علَّقها عن شيخ، مما يعني أنها إملاء، بينما الطريقة على خلاف ذلك، فهي إلى التأسيس أقرب،

---

(١) «أدب الدنيا والدين» ص١٠٥.

(٢) «جامع بيان العلم وفضله» ٢: ٩٤٨.

(٣) «جامع بيان العلم وفضله» ٢: ٩٤٨.

(٤) «جامع بيان العلم وفضله» ٢: ٩٦٨.

فهي طريقة مستقلة ابتدعها مؤلِّفها وكاتبها، لم يؤسِّسها على متن أو تعليقات شيخ، بيد أن المُتَتبِّع لنمط التأليف هذا لا يكاد يجد فرقًا دقيقًا بين الطريقة والتعليقة حسب الكتب التي وصلتنا، وربما دخل الخلل على كثير ممن عدَّدوا تآليف الآمدي وغيره من هذه الناحية، فتراهم يَعُدُّون الطريقة الصغيرة كتابًا، والتعليقة الصغيرة كتابًا آخر، وهما كتاب واحد.

وقد ظهر هذا النمط التأليفي في النصف الثاني من القرن الرابع الهجري، إلا أنه لم يكد تمضي عليه مدة وجيزة حتى أقبل عليه كبار العلماء، فقَلَّ مَن عاش منهم في النصف الثاني من القرن الرابع وما بعده إلا وقد كانت له تعليقة أو تعاليق.

قال العلامة المؤرِّخ حاجي خليفة: «وهي طريقتان: طريقة البزدوي[1]؛ وهي خاصة بالأدلة الشرعية من النص والإجماع والاستدلال، وطريقة ركن الدين العميدي[2]؛ وهي عامة في كل دليل يُستدَلّ به من أي علم كان، وهذا العميدي هو

(١) علي بن الحسين أبو العسر البزدوي الحنفي (ت٤٨٢هـ)، يلقِّبه الحنفية بفخر الإسلام، قال صاحب «الجواهر المضية»: «المعروف بفخر الإسلام البزدوي الفقيه الإمام الكبير بما وراء النهر، صاحب «الطريقة على مذهب أبي حنيفة»، قال السمعاني: روى لنا عنه صاحب أبي المعالي محمد بن نصر بن منصور المديني والخطيب بسمرقند، توفي يوم الخميس خامس رجب سنة اثنتين وثمانين وأربع مئة، وحُمِل تابوته إلى سمرقند، ودُفِن بها على باب المسجد، ومن تصانيفه «المبسوط» أحد عشر مجلدًا، و«شرح الجامع الكبير»، و«الجامع الصغير»، وله في أصول الفقه كتاب كبير مشهور ومفيد، رحمه الله تعالى». «الجواهر المضية في طبقات الحنفية» للقرشي ١: ٣٧٢.

(٢) محمد بن محمد أبو حامد العميدي الحنفي السمرقندي (ت٦١٥هـ)، يلقِّبه الحنفية بركن الدين، قال ابن خلِّكان: «كان إمامًا في فن الخلاف، وهو أول مَن أفرده بالتصنيف، ومن تقدَّمه كان يمزجه بخلاف المتقدِّمين، وكان اشتغاله فيه على الشيخ رضي الدين النيسابوري، =

أول مَن كتب فيها، ونُسِبت الطريقة إليه، ووضع كتابه المسمى «بالإرشاد» مختصرًا، وتَبِعَه مَن بعده من المتأخِّرين، كالنسفي وغيره، فكثرت في الطريقة التآليف، وأول مَن صنَّف فيها من الفقهاء الإمام أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفّال الشاشي الشافعي (ت٣٣٦هـ)»[1].

ورغم شيوعه بين العلماء، إلا أننا لم نجد من الأقدمين مَن تحدَّث عن ضوابط كتابة التعليقة أو الطريقة، أو على الأقل لم نجد مَن عرَّفها تعريفًا دقيقًا، حتى نعرف ما هو طريقة أو تعليقة، وما ليس كذلك.

فنجد في ترجمة أبي الطيب الطبري (ت٤٥٠هـ)، شيخ الشافعية في عصره، أن له تعليقة في الفقه، لنعرف بعد ذلك أنها شرح لمختصر الإمام المزني في الفقه الشافعي، وفي الوقت ذاته نجد الإمام الغزالي (ت٥٠٥هـ) يسمي كتابه «المنخول من علم الأصول»: تعليقة، وذلك لأنه جمعه من تعليقات شيخه الإمام الجويني، إضافة إلى تهذيب منه وترتيب.

وإذا كانت التعليقة أو الطريقة أقرب إلى عملية الشرح دون تمييز المتن عنه، أو لنَقُل: مسايرة المتن مع توضيح وبَسْط، فإنها بذلك تكون أقرب إلى ما صنعه ابن هشام النحوي في «أوضح المسالك بشرح ألفية ابن مالك»، حيث إنه شرح المادة النحوية، ولم يتعرَّض للفظ واحد من أبيات الألفية.

= صنَّف في هذا الفن طريقة، وهي مشهورة بأيدي الفقهاء، وصنَّف الإرشاد والنفائس، اشتغل عليه خلق كثير وانتفعوا به، من جملتهم نظام الدين أحمد ابن الشيخ جمال الدين أبي المجاهد محمود بن أحمد بن عبد السيد بن عثمان بن نصر بن عبد الملك البخاري التاجري الحنفي المعروف بالحصيري، صاحب الطريقة المشهورة وغيره، وكان [العميدي] كريم الأخلاق كثير التواضع طيب المعاشرة». «وفيات الأعيان» لابن خلِّكان ٤: ٢٥٧.

(١) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١: ٥٠٨.

وأما إذا كان المقصود بها تلك التعليقات التي تدعو إليها الحاجة؛ من تصويب خطأ، أو توضيح مغلق، أو تقييد مطلق، أو تخصيص عام، فهي أقرب إلى ما عُرِف في القرن السادس بالنُّكَت، وعليه فهي ليست شرحًا لسائر المتن، اللهم إلا على سبيل المجاز.

إضافة إلى ذلك فإنّ التعليقة أو الطريقة ليست مقصورة على علم من العلوم، بل نجد التعليقة في الجدل والنحو وغيرهما، وإن كان للفقه النصيب الأكبر، والحظ الأوفر، ويذهب مؤرِّخ العراق الدكتور ناجي معروف رحمه الله جازمًا إلى أن التعليقة أو التعليق هي: «الشروح والمذكرات التي يَعُدُّها المدرس»[1].

وليس هذا التعريف مانعًا جامعًا، بل هو تعريف لجزء محدود من التعليقات، ولربما لا يُستطاع تعريفها تعريفًا جامعًا؛ لتشعُّب المراد منها، واختلاف طرق أصحابها، ولعل الأقرب أن يُعَرّفَ كل قسم منفردًا عن غيره.

أما العالم المؤرخ حاجي خليفة رحمه الله فقد حاول الفصل بين الحاشية والتعليقة، فتراه يقول: «فمنهم من علَّق تعليقة على سُوَرٍ منه، ومنهم مَن حَشَّى تحشيةً تامّةً، ومنهم مَن كتب على بعض مواضع منه»[2].

فترى كيف عرَّفَ الحاشية بأنها كاملة، والتعليقة بالاقتصار على موضع معين، وجعل الكتابة على مواضع متفرقة من الكتاب قسمًا آخر غيرهما، ولا شك أنه بضدها تتميَّز الأشياء، إلا أنه لم يَكَدْ يُخرجنا من مشكلة التعريف حتى أوقعنا في مشكلة أخرى، فتجده يقول في موضع آخر: «وهي تعليقة تامة من أوله إلى آخره»[3].

---

(١) «تاريخ علماء المستنصرية» ٢: ٤٨٢.

(٢) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١: ١٨٦.

(٣) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ٢: ١٣٠٦.

ثم جاء ليرسم تعريفًا آخر فيقول: «الحاشية عبارة عن أطراف الكتاب، ثم صار عبارة عما يُكتب فيها، وما يجرد منها بالقول، فيُدَوَّن تدوينًا مستقلًّا متعلقًا، ويقال لها: تعليقة أيضًا»(١).

والذي يظهر لي أنهما بمعنى واحد، ولا ينفي ذلك اختصاص كتاب منها باسم، إلا أن الأصل فيهما أنهما بمعنى واحد، وهو ما يؤكده الدكتور حسن الشافعي حفظه الله بقوله: «وذلك لأن كلمة (تعليقة) و(طريقة) يذكران بمعنى واحد في كتب الجدل والخلاف، كما يقول ابن عساكر عن طريقة أسعد الميهني المشهورة: وعلَّق عنه جماعة من الفقهاء وانتفعوا بطريقته، ونسخ بتعليقته سائر التعاليق»(٢).

وقد ذكر ابن خلدون أن التأليف في الطريقة قد توقَّف في القرن الثامن الهجري، بسبب ضعف العلم والتعليم، مع اعترافه أنها ليست ضرورة علمية، قال ابن خلدون: «وهي لهذا العهد مهجورة؛ لنقص العلم والتعليم في الأمصار الإسلامية، وهي مع ذلك كمالية، وليست ضرورية، والله غالبٌ على أمره»(٣).

وقد ذكر حاجي خليفة في «كشف الظنون»(٤)، والبغدادي في ذيله «إيضاح المكنون»(٥) أمثلة كثيرة لما أُلِّف على هذا النمط فليُرجَع إليهما.

«الطريقة الصغيرة».. نسبتها إلى الإمام الآمدي وتحقيق اسمها :

أقدم مَن ذكر كتاب «الطريقة الصغيرة» هو الحكيم الحاذق ابن أبي أُصَيْبعة في

---

(١) «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون» ١: ٣٢٦.

(٢) «تبيين كذب المفتري فيما نسب إلى الأشعري» ص٣٢٠، «الآمدي وآراؤه الكلامية» ص٧٣.

(٣) «المقدمة» لابن خلدون ٣: ٢٠.

(٤) «كشف الظنون» ٢: ١١١٣، ٤٢٣-٤٢٤.

(٥) «إيضاح المكنون» ١: ٢٩٩، ٢: ٨٥.

«عيون الأنباء»، وسَمّاه: «التعليقة الصغيرة»[١].

ولعل كتابنا هذا هو «مختصر الخلاف» الذي ذكره القاضي ابن خلِّكان في قوله: «وله طريقة في الخلاف ومختصر في الخلاف»[٢].

وتابَعَهم السبكي كذلك فقال: «وله طريقة في الخلاف»[٣]، وابن قاضي شهبة: «وطريقة في الخلاف»[٤].

وذكرها البغدادي في ذيله على «كشف الظنون» فقال: «التعليقة الصغيرة والكبيرة كلاهما لسيف الدين علي الآمدي»[٥].

ومن خلال ما تقدَّم فإننا أمام تسميات مختلفة لكتاب واحد، إلا أنه لا مناص من اعتماد الاسم الذي وجدناه على المخطوط الوحيد لهذا الكتاب النفيس، أضِفْ لذلك أن الاسم قد كُتِب بالخط الذي كُتِب به الكتاب، وهو عند كثير ممن ترجموا له بهذا الاسم، مما يرجِّح أنه هو الاسم الصحيح.

سبب التسمية: ترجع تسمية «الطريقة الصغيرة» بهذا الاسم إلى كون الآمدي ألَّف طريقة أخرى هي الطريقة الكبيرة، أو التعليقة الكبيرة، توسَّع فيها من حيث عدد المسائل والإكثار من الأدلة، ولا نعرف شيئًا عن هذه الطريقة الكبيرة، ولعل الآمدي شأنه في ذلك شأن بعض مَن سبقوه من علماء مذهبه كأبي المظفر السمعاني، الذي ذكر في مقدِّمة كتاب «**الاصطلام**» أنه ألَّف كتابًا موسَّعًا في مسائل الخلاف بين الشافعية

---

(١) «عيون الأنباء في طبقات الأطباء» ص٦١.

(٢) «وفيات الأعيان» ٣: ٢٩٤.

(٣) «طبقات الشافعية الكبرى» ٨: ٣٠٧.

(٤) «طبقات الشافعية» ٢: ٨٠.

(٥) «إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون» ١: ٢٩٨.

والحنفية للرد على مذهب الحنفية، وسَمَّى هذا الكتاب «**البرهان**»، وقد أودعه ثلاثة آلاف مسألة خلافية، ثم إنه اختصره في كتاب «**الاصطلام**»، ويظهر أن سبب ذلك هو التدرُّج العلمي، حتى يستفيد المتدرِّب المبتدئ على المناظرة بالطريقة الصغيرة، ويتوسَّع ويتعمَّق بالطريقة الكبيرة، فيحصل له بذلك التمكُّن العلمي، والرسوخ في مسائل الخلاف بين المذهب الشافعي والحنفي.

يقول أبو المظفر السمعاني في مقدِّمة كتاب «**الاصطلام**» مبيِّنًا ذلك: «أما بعد، فقد سبق مني كتاب جمعته من الخلافيات سمَّيته «**البرهان**»، وبلغت فيه غاية ما رُمْتُه على ما اتَّفق لي من إقامة الدلائل، وإيضاح البراهين، وإزاحة الشبهات، وكَشْف المعاني، غير أن الكتاب طال جدًّا، فإني لم أكن شرعت فيه شروع طالب للاختصار والإيجاز، بل قصدت فيه قَصْد الاستيفاء والاستقصاء، وأردت أن يكون ذلك عمدة المدرِّس لا عدة الحافظ، نعم، وحين طال بي المراس في المسائل، وتردّد القول في سَبْرها وسَبْكها جدالًا مع المخالفين، ومذاكرة مع الأصحاب، وعرضتها على فكري مرة بعد أخرى، وكَرَّة بعد أولى، عرضت في خلال ذلك طرق متينة، ومعاني مُحْكَمة، وأسرار عجيبة، ونكت معجبة، ورأيت عجز المعترضين دونها، وتضاؤل المخالفين عندها، وتعظم المتدافعين عند جانبها، فعند ذلك رأيت أن أسعى في مجموع آخر للأصحاب خاصة، ولكل مَن طلبه عامة، سَعْيَ مَن طب لمن حب، ألفت فيه بنات صدري، وأجمع له كدي وجدي، وأبلغ فيه الغاية بجهدي، وأجعله زبدة عمري، ونهاية فكري، وقصدت فيه قصد الإيجاز والاختصار، وهو كتاب لم يطل ذلك الطول المفرِط، الذي يسأم منه الناظر، ولم يقصر قصور العجز عن بلوغ المراد، واعتنيت في المسائل التي أعضلت على فحول النظر زيادة اعتناء، وكشفت عن حقائقها زيادة كشف»[1].

(١) «الاصطلام» للسمعاني ١: ٤٠.

الفصل الثالث

منهج الإمام الآمدي في كتابه «الطريقة الصغيرة»

اشتهر الإمام الآمدي في ميدان العلوم الإسلامية بالتبحُّر في علوم عديدة، كأصول الفقه، والكلام، والفلسفة، والجديد بخروج كتاب «الطريقة الصغيرة» هو إبراز مَلَكة هذا الإمام وتبحُّره في الفقه والخلاف، ولعل الأولى بالتوسُّع في ذلك الباحثون الأكاديميون، فلنترك التوسع في ذلك، ولنُشِر إلى المنهج العام للآمدي في كتابه هذا:

أولًا: تطبيق علم أصول الفقه

ليس الإمام الآمدي بغريب على علم أصول الفقه؛ لما عُلِم من تبحُّره فيه وإتقانه حتى كان كتابه «الإحكام في أصول الأحكام» من أجَلّ ما كُتِب في عصره، وقد أحسن الإمام الآمدي تطبيق علم أصول الفقه وتوظيفه في الخلافيات الفقهية في كتابه «الطريقة الصغيرة»، وما سنشير إليه في هذه العُجالة إنما هو غَيْض من فَيْض؛ إذ سنذكر بعض الأمثلة الدالّة على ذلك، مع مقارنتها بما ذكره الآمدي نفسه في كتابه «الإحكام في أصول الأحكام»، إضافة إلى آراء الأصوليين، لا سيما الشافعية منهم؛ لمعرفة تناسُب ترجيحاته مع منهج مذهب الشافعي الذي هو مذهب المؤلِّف الذي يعتنقه ويقرِّره في هذا الكتاب.

المثال الأول: تقديم الخاص على العام

من المسألة ٢٦ عند ذِكْر قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]،

وعن المعارضة بالآية بترجيح ما ذكرناه من أنّه التحريم؛ لكونها خاصةً في الرِّبا، وآيتُهم متناوِلةٌ له بعموم كونه تبعًا، والخاصُّ مُقَدَّمٌ على العامِّ.

وقد بيَّن الإمام الآمدي نفسه في كتاب «الإحكام» أسباب تقديم الخاص على العام، فأوجزها في نقاط ثلاث:

الأولى: كون الخاص أقوى في الدلالة، وأنه أخصُّ بالمطلوب.

الثانية: كون العمل بالعام يلزم منه إبطالُ دلالة الخاص وتعطيله، ولا يلزم من العمل بالخاص تعطيلُ العام، بل تأويله وتخصيصه، ولا يخفى أن محذور التعطيل فوق محذور التأويل.

الثالثة: كون ضعف العموم بسبب تطرُّق التخصيص إليه، وضعف الخصوص بسبب تأويله وصرفه عن ظاهره إلى مجازه، ولا يخفى أنّ تطرُّق التخصيص إلى العمومات أكثر من تطرُّق التأويل إلى الخاص، ولهذا كانت أكثر العمومات مخصَّصة، وأكثر الظواهر الخاصة مقرَّرة[1].

المثال الثاني: ترجيح المنطوق على المفهوم

من المسألة ٤٣: كيف وأنّ التَّرجيح لما ذكرناه؛ لأنه منطوق، وما ذكروه مفهوم؟

وهذا من المرجّحات التي صرَّح بها الآمدي في كتاب «الإحكام»، فقد ذكر أن من المرجّحات التي ترجع للمتن «أن تكون دلالة أحدهما من قَبِيل المنطوق، والآخر من دلالة غير المنطوق، فالمنطوق أولى؛ لظهور دلالته، وبُعْده عن الالتباس بخلاف مقابله»[2].

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» ٤: ٢٥٤.

(٢) «الإحكام» للآمدي ٤: ٢٥٤.

المثال الثالث: حجية العام بعد التخصيص في غير صورة التخصيص

من المسألة ١٣٠: وجوابه أنّ العامَّ بعد التخصيص حُجّةٌ في غير صورة التخصيصِ باتِّفاق الفريقَين.

وقد نقل الآمدي في كتاب «الإحكام» اتفاق الفقهاء على أن العام بعد التخصيص حجة فيما بقي، ونقل خلاف عيسى بن أبان وأبي ثور مطلقًا، وقال بعد حكاية الأقوال: «والمختار صحة الاحتجاج به فيما وراء صور التخصيص»[١].

واحتجَّ لذلك بالإجماع والمعقول، فليرجع إليه لاستيفاء ذلك واستيعابه.

المثال الرابع: مفهوم المخالفة

من المسألة ٩٠: لكنه مُعارَضٌ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

مَنَعَ من نكاح اليتامى مخافةَ تَرْكِ القسط، فَدَلَّ بمفهومه على الجواز مع القسط.

وهذا احتجاج بمفهوم المخالفة في مفهوم الشرط، وقد حكى الآمدي عن القاضي عبدالجبار وأبي عبدالله البصري أن مفهوم الشرط لا يكون على العدم عند عدم الشرط، واختاره[٢]، قال الزركشي: «وذهب أكثر المعتزلة ـ كما نقله في «المحصول» ـ إلى المنع، وقالوا: لا ينتفي بعدمه، بل هو باقٍ على ما كان عليه قبل التعليق، ورجَّحه المحقِّقون من الحنفية، ونُقِل عن أبي حنيفة، ونقله ابن التلمساني عن مالك، وهو اختيار القاضي والغزالي والآمدي»[٣].

---

(١) «الإحكام» للآمدي ٢: ٢٣٣.

(٢) «الإحكام» للآمدي ٣: ١١١.

(٣) «البحر المحيط» للزركشي ٥: ١٦٥.

ونقل الآمدي عن ابن سريج والهراسي من أصحاب الشافعي، والكرخي وأبي الحسين البصري؛ أن الحُكْم يكون على العدم عند عدم الشرط[١]، قال الزركشي: «فذهب ابن سريج، وابن الصباغ، والكرخي، وأبو الحسين البصري؛ إلى لزوم القول [به]، ونقله إمام الحرمَين عن أكثر العلماء، ونقله ابن القشيري عن معظم أهل العراق، ونقله أبو الحسن السهيلي في «**أدب الجدل**» عن أكثر الحنفية»[٢].

المثال الخامس: نَسْخ القرآن بالقياس

من المسألة ١٢١: ونسخُ القرآنِ بالقياس، وبدليل الرأي غيرُ جائزٍ.

وقد حكى الآمدي ثلاثة أقوال في نَسْخ القرآن بالقياس؛ **الأول**: أنه لا يُنْسَخ به، **والثاني**: النسخ به، **والثالث**: النسخ بالقياس الجَلِيّ دون الخفي، وهو قول أبي القاسم الأنماطي، واختار الآمدي أن العلة إن كانت منصوصة جامعة فإن القياس ينسخ القرآن، وإن كانت العلة غير منصوصة فلا ينسخ؛ سواء كان ظنيًّا أو قطعيًّا، وقال الغزالي: إن القول الأول هو قول الجمهور[٣]، وبه يصدر الأصوليون في كتبهم كذلك.

المثال السادس: تقديم دليل الإباحة على دليل النهي

من المسألة ١٥٦: كيف وأنّ خبرنا راجحٌ؛ لدلالته على الإباحة قطعًا، ودلالةُ ما ذكروه من النهي على التحريم ظاهرًا؟

ويُفهَم من كلام الآمدي في «الإحكام» ترجيح جانب الحظر على الإباحة، فقد نقل أن قول الأكثرين من الشافعية، وقول أحمد بن حنبل، والكرخي، والرازي

---

(١) «الإحكام» للآمدي ٣: ١١١.

(٢) «البحر المحيط» للزركشي ٥: ١٦٥.

(٣) «الإحكام» للآمدي ٣: ١٦٤. «المستصفى» للغزالي ص١٠١.

من الحنفية؛ هو ترجيح الحظر، و«الوجه في ترجيح ما مقتضاه الحظر أن ملابسة الحرام مُوجِبة للمأثم بخلاف المباح، فكان أولى بالاحتياط».

ثم قال بعد ذلك: «ولهذا فإنه لو اجتمع في العين الواحدة حظرٌ وإباحة كالمتولِّد بين ما يؤكل وما لا يؤكل قُدِّم التحريم على الإباحة، وكذلك إذا طَلَّق بعض نسائه بعينها، ثم أُنسيها حَرُم وطء الجميع تقديمًا للحُرْمة على الإباحة»[١].

ثانيًا: الدقة في نقل المذهب الحنفي

لا يخفى على الباحثين ما يعتور الباحث في نقله عن المذاهب المخالفة من العنت والمشقّة؛ لسرعة الوهم والغلط فيما لم يتمرّس عليه المرء وينبغ فيه، والمنهج العلمي أن آراء الخصوم لا تؤخذ من خصومهم ومخالفيهم، وإلى هذا المعنى أشار ابن دقيق العيد بقوله: «... ولم أعتبر حكاية الغير عنهم؛ فإنه طريق وقع فيه الخلل، وتعدَّد من جماعة من النَّقَلة فيه الزلل، وحكى المخالفون للمذاهب عنها ما ليس منها»[٢].

ويؤكد ذلك ابن حجر الهيتمي حيث يقول: «ولا يُغتَرّ بتتابُع كتب متعددة على حُكم واحد؛ فإن هذه الكثرة قد تنتهي إلى واحد»[٣].

ومع ذلك فقد أبان الآمدي عن براعة في نقل فروع المذهب الحنفي؛ إذ لا يكاد يخطئ في نقل فروعهم ورواياتهم المتعددة، بل ومذاهب آحاد أئمتهم كأبي يوسف ومحمد بن الحسن، فدلَّ ذلك على نبوغه ودقته وتحرِّيه رحمه الله ورضي عنه، ومن أمثلة ذلك:

---

(١) «الإحكام» للآمدي ٤: ٢٥٩.

(٢) «معالم منهج البحث الفقهي عند ابن دقيق» لعادل قوته، ص١٤٩.

(٣) «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» لابن حجر الهيتمي ١: ٣٩.

المثال الأول: من المسألة ٩٨: ولهم في لفظ الوصية والسَّلَم والقَرض والإجارة اختلافُ رِوايةٍ.

والخلاف المشار إليه هنا هو خلاف الحنفية فيما بينهم، وهو كما قال المصنف رحمه الله، فقد نقل الكاساني عن عامة المشايخ عدم انعقاد النكاح بلفظ الإجارة؛ لأنها عقد مؤقت، وذكر أنّ ابن رستم روى ذلك عن محمد، وروى كذلك عن الكرخي انعقاد النكاح بلفظها، ونقل الكاساني كذلك الخلاف في انعقاد النكاح بلفظ الإجارة والسَّلَم فقال: «وعن بعضهم ينعقد، وعن البعض لا ينعقد»، أما لفظ الوصية فقد حكى عن عامة الأشياخ عدم الانعقاد به، وقال: إنه «حُكِي عن الطحاوي أنه ينعقد»[1].

المثال الثاني: من المسألة ٣٤: ولهم خلافٌ في الرَّهنِ المعدل تحت يد ثالث بمَنْعٍ وتسليم.

والمشار إليه هم الحنفية هنا، وهذا الخلاف الذي ذكره الآمدي لم أجده عند الحنفية بعد البحث والتقصِّي، ومعتمد مذهب الحنفية جواز وَضْع الرهن تحت يد عدل غير الراهن والمرتهن، قال الكاساني: «ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقَبَضَهُ العدل جاز، ويكون قبضه كقبض المرتهن، وهذا قول العامة، وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن إلا بقبض المرتهن، والصحيح قول العامة»[2].

وابن أبي ليلى ليس من فقهاء الحنفية، وإن عَدَّه صاحب «الجواهر المضية» من أصحاب أبي حنيفة، فقد ذكر أنه «كان يُفتي بقول أبي حنيفة مع عداوته له»[3].

المثال الثالث: من المسألة ٩٤: ولهم خلافٌ في المشتهِرة بالفجور.

---

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني ٢: ٢٣٠-٢٣١.

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني ٦: ١٣٧.

(٣) «الجواهر المضية في طبقات الحنفية» ٢: ٥٤٧.

والخلاف المشار إليه هنا هو خلاف الحنفية، ولم أقف على هذا الخلاف عند الحنفية، فالمشتهِرة بالفجور كالثيِّب عندهم، قال الكاساني معلِّلًا ذلك: «... ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزنا، فحينئذ لا يستقبح الإظهار بالإذن، ولا يُعَدُّ عيبًا، بل الامتناع عن الإذن عند استئمار الولي يُعَدُّ رعونة منها؛ لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال»[1].

ثالثًا: عزو الحديث

تعتمد كتب الخلاف الفقهي على السنة النبوية اعتمادًا كبيرًا، إضافة إلى الأصول الأخرى، كالقرآن الكريم، والقياس، والإجماعيات، وقد أولى الإمام الآمدي السنة النبوية عناية بالغة في كتابه هذا، ويلاحظ ذلك من خلال عدد الأحاديث التي أوردها في غضون «الطريقة الصغيرة»، ولم يَزَلْ تخريج الحديث وعزوه يطرح تحديًا كبيرًا للمتخصصين في الحديث الشريف فضلًا عن غيرهم، لا سيما في العصور المتقدمة، وقد بذل الإمام الآمدي جهده في بلوغ الغاية في تخريج الأحاديث الشريفة الواردة في كتابه، بيدَ أنه ترك أحاديث دون عزو وتخريج، كما وهم في تخريج أحاديث أخرى، فعزاها لغير مخرجها، أو عزاها للكتاب الأبعد، كعزوها للدارقطني وهي في الصحيح، وقد أتى بأحاديث لا أصل لها، ولا شكَّ أنه تبع غيره في إيرادها والاستشهاد بها، وسنورد الأمثلة على ذلك:

المثال الأول: من المسألة ٥٢: روى الدّارَقُطْنِيُّ عن النَّبِيِّ ﷺ أنّهُ قال: «مَنِ اشتَرَى سِلْعةً ثُمَّ أفْلَسَ بثَمَنِها فَصاحِبُ السِّلْعةِ أحَقُّ بها إذا وجدها بعَيْنِها».

---

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني ٢: ٢٤٤.

والحديث كما ذكر المصنف في «سنن الدارقطني»[١]، لكنه في «صحيح مسلم»[٢]، والشأن عند أهل الصنعة ألا تُعزى أحاديث «الصحيحَين» إلى غيرهما، ولعل المصنِّف قلَّد غيره في العزو، فوقع في الوهم الذي وقع فيه الناقل الأول.

المثال الثاني: من المسألة ٦٦: والجواب عن مَنْعِ الصِّحّة: أنّ الخَبَرَ مَنقُولٌ في «سُنَنِ أبي داود».

يشير المؤلف إلى حديث: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار»، وهذا الحديث ليس في «سنن أبي داود»، قال السخاوي: «حديث: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار»، مالك والشافعي عنه عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه به مرسلًا، وهو عند أحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبراني عن ابن عباس، وفيه جابر الجُعْفي، وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر أقوى منه، والدارقطني من وجه ثالث، وفي الباب عن أبي سعيد، وأبي هريرة، وأبي لبابة، وثعلبة بن أبي مالك، وجابر، وعائشة»[٣].

المثال الثالث: من المسألة ٩٩: وأمّا السُّنّةُ فقولُهُ عليه السَّلام: «مَلْعُونٌ مَن جَمَعَ ما بين أُخْتَيْن». وهذا النص لم أجده مرفوعًا للنبي ﷺ، وجاء في مصنَّف ابن أبي شيبة أن وهب ابن منبِّه قال: «أشهد أنه فيما أنزل الله على موسى أنه ملعون مَن جمع بين الأختَين»[٤].

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع: **٢٩٠٢**، بلفظ: «مَن باعَ سِلعةً فأفلَسَ صاحِبُها فَوَجدَها بِعَينِها فَهوَ أَحَقُّ بها دونَ الغُرَماءِ».

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، **١٥٥٩**، وهو عنده بلفظ: «إذا أفلَسَ الرَّجُلُ، فَوَجَدَ الرَّجُلُ عِندَهُ سِلعَتَهُ بِعَينِها، فَهوَ أَحَقُّ بِها».

(٣) «المقاصد الحسنة» للسخاوي ص**٧٢٧**. وانظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر **٤: ٣٦٢**.

(٤) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب النكاح، في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطؤهما جميعًا **١٦٢٥٩**.

أما تحريم الجمع بين الأختين فقد ورد في القرآن وفي السُّنة: أما ما ورد في القرآن فقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]. ومما ورد في السنة ما في «صحيح البخاري»: أن أم حبيبة قالت: قلت: يا رسول الله، انكح أختي بنت أبي سفيان، قال: «وتُحِبِّينَ؟»، قلت: نعم، لست لك بمُخْلِية، وأحَبُّ مَن شاركني في خير أختي. فقال النبي ﷺ: «إن ذلك لا يحل لي»[١].

المثال الرابع: من المسألة ١٢٦: وقال عليه السلام في حَقِّ أهل الذِّمّة: «أَعْلِمْهُمْ أنّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين».

وهذا النص متداوَل بين الفقهاء، ولم يعرفه الحافظ الزيلعي حديثًا، قال الزيلعي: «لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف [يعني مصنف «الهداية»]، ولم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ، وهو في كتاب الزكاة، وحديث بُرَيْدة، وهو في كتاب السير، وليس فيهما ذلك»[٢].

المثال الخامس: من المسألة ١٤٩: أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليه السّلام: «لا قَطْعَ على مُخْتَفٍ».

لم أجد هذا النص في كتب الحديث المتداولة، وفي «نصب الراية» للزيلعي: «لا قطع على المختفي»، قال الزيلعي: «غريب»[٣]، وفي «مصنف ابن أبي شيبة» عن الزهري، قال: «أتى مروان بن الحكم بقوم يختفون القبور ـ يعني ينبشون ـ فضربَهم ونفاهم، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون»[٤]، وروى ابن أبي شيبة كذلك عن

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] ٥١٠٧.

(٢) «نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية» للزيلعي ٤: ٥٥.

(٣) «نصب الراية» للزيلعي ٣: ٣٦٧.

(٤) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الحدود، ما جاء في النباش يؤخذ ما حدُّه ٢٨٦١٢.

ابن عباس قال: «ليس على النبّاش قَطْع، وعليه شبيه بالقطع»[١].

رابعًا: نقد الرجال

يلاحظ قارئ كتاب «الطريقة الصغيرة» أن الإمام الآمدي تناول بعض أسانيد الأحاديث بالنقد، وبيان أحوال رجال الأحاديث، وقد ركَّز في ذلك على أحاديث أدلة الحنفية دون الأحاديث التي يحتج بها لمذهب الشافعية كشأن أهل الخلافيات، فتجد الكلام على أحاديث الشافعية في كتب الحنفية كذلك، إلا أهل الصنعة الحديثية فشأنهم الحديث عن جميع ما يوردون، بسبب تخصُّصهم الحديثي، ويظهر للباحث اعتماد الإمام الآمدي في هذا الشأن على كتب الجرح والتعديل المتداولة في وقته، وإن كان لم يصرِّح بها، سوى إشارات معدودة للإمامَين الترمذي والدارقطني، وسنورد أمثلةً لحديثه عن بعض رجال الأسانيد لنقارنها بما هو معروف عند أهل الصنعة، كما سنورد أمثلة على اعتماده على الترمذي والدارقطني رحمهم الله تعالى:

المثال الأول: من المسألة ٤: وما ذكروه من السَّبَب فقد طعن فيه الدارَقُطْنِيّ[٢]، وقد قيل: يرويه أبو الربيع وعمرو بن قيس، وهما ضعيفان.

وهذا الحديث إنما ضعَّفه الدارقطني بمحمد بن يزيد، ومحمد بن عبيد الله العرزمي، ولم أقف في سنده على مَن ذكرهما الإمام الآمدي رحمه الله.

---

(١) «مصنف ابن أبي شيبة» **٢٨٦٢٣**.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب الصلاة، باب الاجتهاد في القبلة وجواز التحرِّي في ذلك **١٠٦٤**، إلا أن الدارقطني لم يذكر الآية، وحكم على الحديث بالضعف. وانظر: البيهقي، «السنن الكبرى»، جماع أبواب استقبال القبلة، باب استبانة الخطأ بعد الاجتهاد، **٢٢٤٣**. وقال البيهقي: «ولم نعلم لهذا الحديث إسنادًا قويًّا صحيحًا». وقال الإمام النووي: «وضعَّفه الدارقطني والبيهقي وآخرون». «المجموع شرح المهذب» **٣: ٢٤٤**.

المثال الثاني: من المسألة ١٧: وعن الثالث: أنّ راوي الخبر الواقِديُّ[1]، وهو ضعيفٌ عند المحدِّثين.

ورواية الواقدي إنما هي في «سنن الدارقطني»، والحديث في «سنن الترمذي»، وليس فيه الواقدي، وقال الترمذي: «حسن غريب»[2]، فكان يكفي الإمام الآمدي لو أتى برواية الترمذي.

المثال الثالث: من المسألة ٢٠: وعن الخبر: بقول الدّارَقُطْنِيّ: بأنّ مَدارَهُ على عُمرَ بن إبراهيم الكُرْدِيّ، وهو وضّاعُ الأحاديث[3].

وهو كما قال الإمام الآمدي، فقد قال ابن الجوزي في ترجمته: عمر بن إبراهيم أبو حفص الكردي، روى عن عبد الملك بن عمير، وابن أبي ذئب، وشعبة، قال الدارقطني: «كان كذابًا يضع الحديث»، وقال ابن حبان: «روى عن الثقات ما لم يحدِّثوا به قط، لا يجوز الاحتجاج بخبره»، وقال أبو بكر الخطيب: «كان غير ثقة، يروي المناكير عن الأثبات»[4].

المثال الرابع: من المسألة ١٩: وأمّا الثّالث: فقد انفرَدَ به محمدُ بْنُ عُمَيْرٍ الباهِلِيّ، وخالَفَهُ فيه سائِرُ الثِّقات، فلا يكون شيءٌ منها حُجّةً.

وقال الدارقطني: «لم يروِه بهذا اللفظ عن ابن عيينةَ غيرُ الباهليِّ، ولم يتابَع

---

(١) محمد بن عمر بن واقد الواقدي قاضي العراق، قال البخاري وغيره: «متروك»، مات في ذي الحجة ٢٠٧هـ. «الكاشف» للذهبي ٢: ٢٠٦. وقال الدارقطني: «مختلف فيه، فيه ضعفٌ بيِّنٌ في حديثه». «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي ٣: ١٣٠.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب الصوم ٦٩٧.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع ٢٨٠٥.

(٤) «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي ٢: ٢٠٤.

على قوله: «وأصومُ يومًا مكانه»، ولعلَّه شُبِّهَ عليه ـ والله أعلم ـ لكثرةِ مَنْ خالفه عن ابن عيينة»[١].

المثال الخامس: من المسألة ١٢: وعن المعارَضة بالنُّصوص: أمّا خَبَرُ المرْأتَيْنِ فيَرْوِيهِ المثَنَّى ابنُ الصباح وابْنُ لَهِيعة، وهما ضعيفان.

وقد قال التِّرْمِذِيُّ أيضًا: إنّهُ غيرُ صحيحٍ.

أما المثنى بن الصباح اليماني ثم المكي ففي «الكاشف» للذهبي: قال أبو حاتم وغيره: «ليِّنُ الحديث»، توفي سنة ١٤٩هـ[٢].

وأما عبدالله بن لهيعة أبو عبدالرحمن الحضرمي، الفقيه قاضي مصر، قال أحمد بن حنبل: «مَنْ كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وإتقانه وضبطه»، وقال الذهبي: «العمل على تضعيف حديثه»، توفي سنة ١٧٤هـ[٣].

وهكذا فإن ما ذكره الإمام الآمدي من الحكم على الراوِيَيْن بالضعف، وأنّ الترمذي قال: إنه ـ الحديث ـ غير صحيح، هو كما قال، وأصل ذلك في «سنن الترمذي»، قال الترمذي: «هذا حديث قد رواه المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، نحو هذا، والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يضعَّفان في الحديث، ولا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء»[٤].

المثال السادس: من المسألة ٢٩: وعن النَّصِّ الثاني: أنّهُ يَرْوِيهِ الحَجّاجُ بْنُ أرْطاةَ، وهو ضعيفٌ عند المحَدِّثين، غيرُ مقبول الرِّواية.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام ٢٢٣٧.

(٢) «الكاشف في معرفة من له راوية في الكتب الستة» للذهبي ٢: ٢٣٩.

(٣) «الكاشف» للذهبي ١: ٥٩٠.

(٤) «سنن الترمذي»، كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الحلي ٦٣٧.

وهاهنا وقفتان: **أولاهما**: أن الحجاج بن أرطاة في بعض أسانيده، لكنَّ مداره ليس عليه، فللحديث رواية أخرى عن سمرة، وأخرى عن ابن عمر، وليس فيهما الحجاج ابن أرطاة، وقد صرَّح الإمام الترمذي بأن رواية سمرة حسنة صحيحة، حيث قال: «وفي الباب عن ابن عباس وجابر وابن عمر حديثُ سمرة حديث حسن صحيح»(١). وأما رواية الحجاج بن أرطاة فهي عند الإمام أحمد في «المسند»(٢). **ثانيهما**: أن الجزم بطرح رواية الحجاج بن أرطاة غير جيد؛ إذ اختلف الحفاظ في شأنه، وقد استقر العمل على كتابة حديثه كما ذكر الحفاظ، فقد قال الذهبي: «الحجاج بن أرطاة أحدُ أوعية العلم، سمع عطاءً، وعنه شعبة، ليَّنَهُ الثوريُّ، وقال عنه: ما بقي أحدٌ أعلم بما يقول منه، وقال أحمد: كان من الحفاظ. وقال يحيى القطان: هو وابن إسحاق عندي سواء. وقال أبو حاتم: صدوق يدلِّس، فإذا قال: حدثنا، فهو صالح. وقال النَّسائي: ليس بالقوي. وقال يحيى وغيره: ضعيف، وقال ابن عدي: يخطئ»(٣).

وقال ابن حجر العسقلاني: «حجاج بن أرطاة بن هُبَيْرة النخعي القاضي، قال الثوري: عليكم به؛ فإنه ما بقي أحد أعرف بما يخرج من رأسه منه. قال العجلي: كان فقيهًا، وكان أحد مفتي الكوفة. قال ابن عدي: إنما عاب الناس عليه تدليسه عن الزهري وغيره، ربما أخطأ في بعض الروايات، فأما أن يتعمَّد الكذب فلا، وهو ممن يُكتَب حديثه. توفي ١٤٥هـ»(٤).

المثال السابع: من المسألة ٢٣: على ما قال عليه السلام: «ارْجِعْ وسَوِّ».

وقد جمع المؤلف هنا بين روايتَين؛ الأولى منهما في «صحيح البخاري»، وفي

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ١٢٣٧.

(٢) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند جابر بن عبد الله ١٤٣٣١.

(٣) «من تكلم فيه وهو موثق» للذهبي ص٦٤.

(٤) «تهذيب التهذيب» لابن حجر ٢:١٩٦.

«صحيح مسلم» كذلك، وهي «أكُلَّ ولَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَهُ؟»، قال: لا، قال: «فارْجِعْهُ»[١]، وأما الرواية الثانية فهي في «سنن النسائي»: «سَوِّ بينهُمْ»[٢].

المثال الثامن: من المسألة ٢٤: قَوْلُهُ عليه السَّلام: «كلُّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا فَهُوَ رِبًا».

وهذا الباب لم يصح فيه شيء كما قال ابن حجر العسقلاني: «قال عمرُ بن بدرٍ في «المغني»: لم يصح فيه شيء، وأما إمام الحرمين فقال: إنه صحَّ، وتَبِعه الغزالي، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» من حديث علي باللفظ الأول، وفي إسناده سوّار بن مصعب، وهو متروك، ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» عن ابن مسعود، وأُبَيّ بن كعب، وعبد الله بن سَلام، وابن عباس، موقوفًا عليهم»[٣].

المثال التاسع: من المسألة ٢٦: لقوله عليه السَّلام: «ما اجتَمَعَ الحلالُ والحَرامُ إلا غَلَبَ الحرامُ على الحَلالِ».

وهذا الحديث وهَّنَهُ الحُفّاظ، فقد قال السَّخاويُّ: «قال البيهقي: رواهُ جابر الجعفي، عن الشعبي، عن ابن مسعودٍ، وفيه ضعفٌ وانقطاعٌ، وقال الزينُ العراقيُّ في «تخريجِ منهاجِ الأصول»: إنه لا أصلَ له، وكذا أدرجَه ابنُ مفلح في أولِ كتابه في الأصول فيما لا أصل له»[٤].

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: الهبة للولد **٢٥٨٦**. «صحيح مسلم»، كتابُ الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد **١٦٢٣**.

(٢) «سنن النسائي»، كتابُ النُّحل، ذكرُ اختلافِ ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النُّحلِ **٣٦٨٦**.

(٣) «التلخيص الحبير» لابن حجر ٣: ٨٠.

(٤) «المقاصد الحسنة» للسخاوي **٩٤١**.

المثال العاشر: من المسألة ٥١: وعن الخبر الأوَّل: أنّهُ يَرْوِيهِ ابنُ أبي زِيادٍ، وهو ضَعِيفٌ.

والذي أوهى سند الحديث هو المغيرة بن زياد، ولم أقف على مَن ذكره المؤلف، وربما وهم الناسخ فأقحم لفظ (أبي) فدخل عليه الخلل من ذلك.

قال البيهقي بعده: «قال أبو عبد الله [يعني الحاكم]: هذا حديثٌ واهٍ، والمغيرةُ ابنُ زيادٍ صاحبُ مناكيرَ»(١).

المثال الحادي عشر: من المسألة ٥٤: لقوله عليه السَّلام: «نَحْنُ نَحْكُمُ بالظّاهِرِ».

وهذا الحديث كذلك لم يعرفه الحُفّاظ، فقد قال ابن كثير: «هذا الحديث كثيرًا ما يلهج به أهل الأصول، ولم أقف له على سند، وسألت عنه الحافظ أبا الحجاج المزي فلم يعرفه، لكن له معنى في الصحيح»(٢).

كثرة أخطاء ناسخ النسخة الموجودة من الكتاب:

ومما يلاحِظُ قارئ هذه النسخة ـ التي نعتمدها ـ كثرة أخطائها، لكنها ليست بدرجة تُسقِط الاعتماد عليها، ولا يمكن بحال من الأحوال أن يكون ذلك من المؤلف؛ إذ لا يخفى هذا على مثله، وهو مَن هو جلالةً وعلمًا وحفظًا، ولنضرب على ذلك بعض الأمثلة:

المثال الأول: من المسألة ١٠٥: بروع بنت واشق(٣)، سمّاها الناسخ يربوع بنت واشق، والدليل على كون الناسخ أخطأ في كتابة اسمها أنه سيُصلحه فيما بعد، وقال

---

(١) «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الرهن، باب ذكر الخبر الذي ورد في خل الخمر ١١٢٠٣.

(٢) «تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب» لابن كثير ص١٤٦. وانظر أيضًا: «التلخيص الحبير» لابن حجر ٤: ٣٥٢.

(٣) كما ذكر أبو نعيم في كتاب «معرفة الصحابة» ٦: ٣٢٧٨.

النووي: «هي بِرْوَع؛ بباء موحَّدة مكسورة، ثم راء مهملة ساكنة، ثم واو مفتوحة، ثم عين مهملة، وأبوها واشق؛ بالشين المعجمة المكسورة، وبالقاف، وهي كلابية رواسية، وقيل: أشجعية، وكانت امرأة هلال بن مرة. قال الجوهري في «صحاح اللغة»: أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء، والصواب الفتح؛ لأنه ليس في الكلام (فِعْوَل) إلا: خِرْوَع، وعِتْوَد؛ اسم وادٍ. وذكر صاحب «المحكم في اللغة» في (بروع) نحو قول الجوهري. وقد قال القلعي: سماعنا فيه بالباء المعجمة بموحَّدة مكسورة، والراء المهملة. قال: والمعروف عند أهل اللغة في الأسماء: تزوع، بالتاء المعجمة بثنتَين من فوق وبالزاي المعجمة. وهذا الذي قاله تصحيف ليس بمعروف»[١].

المثال الثاني: من المسألة ١٩: وأمّا الثّالِثُ: فقد انفرد به محمدُ بْنُ عُمَيْرٍ الباهِلِيّ، وخالَفَهُ فيه سائر الثِّقات[٢]، فلا يَكُونُ شيءٌ مِنها حُجّةً.

ومحمد بن عمير وهم من الناسخ، وإنما هو محمد بن عمر بن فيروز الباهلي البصري، قال أبو زرعة: «شيخ فيه لِين»، وقال أبو حاتم: «صدوق قد يَهِم»، وقد ذكره ابن حبان في «الثقات»[٣].

المثال الثالث: من المسألة ٨٩: البنتُ الصَّغِيرةُ لا يَصِحُّ تَزْوِيجُها عندنا خلافًا لأبي حنيفة.

الذي في المخطوط: البنت الصغيرة، ولعل الصواب: الثيِّب الصغيرة، كما هو ظاهر استدلاله بحديث «الثيب أحقُّ بنفسها»، ولأن البنت الصغيرة تشمل البكر،

---

(١) «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي ٢: ٣٣٢.

(٢) تقدَّم قول الدارقطني: «لم يروه بهذا اللفظِ عنِ ابنِ عيينةَ غيرُ الباهليِّ، ولم يتابَع على قولِه: «وأصومُ يومًا مكانَه»، ولعلَّه شُبِّهَ عليه، والله أعلم؛ لِكثرةِ مَن خالفه عنِ ابنِ عيينة».

(٣) «تهذيب التهذيب» لابن حجر ٩: ٣٦٠.

وهذا الذي ذكرنا هو الموافق لما في كتب الخلاف بين الشافعية والحنفية، فلعله وهم من الناسخ كذلك.

المثال الرابع: المسألة ١٠٧: وعن الخبر أنّ راويه فضالة بن عُبَيدٍ، وهو ضعيفٌ عند المحدِّثين.

وهذا وهم من الناسخ؛ إذ لم أجد لفضالة بن عبيد ذِكْرًا في إسناد حديث من أحاديث هذه المسألة، أما فَضالة بن عبيد الأنصاري الأوسي (ت٥٣هـ) فهو صاحب رسول الله ﷺ، شهد أحدًا وما بعدها، استقضاه معاوية على دمشق بوصية من أبي الدرداء، واستخلفه عليها عند سفره للغزو[1]، كذلك فإن الصحابة رضي الله عنهم عُدول، والذي في سند الحديث هو فرج بن فَضالة التنوخي الشامي (ت١٧٧هـ)، وهو ضعيف كما ذكر المصنف رحمه الله[2].

المثال الخامس: من المسألة ١٧: اختلافُ العلماءِ في وجوبِ صومِ هذا اليومِ [اليوم الذي انفرد واحد برؤيته] على الرّائِي، حتَّى نَهاهُ الحسنُ البصرِيُّ وعثمان الليثيُّ فكان شُبْهةً.

الذي في النسخة: عثمان الليثي، ولعله وهم من الناسخ، والصواب عثمان بن مسلم البَتِّيّ الكوفي البصري، فهو الذي يُعرف عنه هذا القول، قال ابن سعد: «له أحاديث، كان صاحب رأي وفقه»[3]، وممن عزا له هذا القولَ ابنُ الجوزي في كتابه «في مسائل الخلاف»[4].

---

(١) «تهذيب التهذيب» لابن حجر ٨: ٢٦٧.
(٢) «تهذيب التهذيب» ٨: ٢٦٠.
(٣) «سير أعلام النبلاء» للذهبي ٦: ٢٩١.
(٤) «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي ص٩١.

منهجي في التحقيق :

أما منهجي في التحقيق فهو متمثِّل في تخريج الآيات والأحاديث، وعزو الأقوال، وترجمة الأعلام، أما بخصوص تخريج الآيات فقد جعلته في المتن تجنُّبًا لتشتيت القارئ، واعتمدت في تخريج الأحاديث ألا أَخْرُج عن الصحيحَين ما وجدت الحديث فيهما، فإن كان في أحدهما دون الآخر أكتفي بما وُجِد فيه منهما، فإن لم يكن فيهما خرجته من الأربعة (الترمذي، أبي داود، النسائي، ابن ماجه)، فإن لم يكن فيها، أو كان لفظ غيرها من الكتب العالية ـ كالموطأ ـ أوضح دلالة اعتمدته كذلك، فإن لم أجد الحديث في تلك الكتب كلها أجتهد في تخريجه من كتب أحاديث الأحكام المشهورة «كسنن الدارقطني» و«السنن الكبرى» للبيهقي، واعتمادي في تخريج آثار الصحابة والتابعين على «مصنف ابن أبي شيبة» و«مصنف عبد الرزاق».

أما الحكم على الحديث فما كان في «الصحيحين» أو أحدهما، أو في «الموطأ» فيكفيه ذلك صحةً وحُجِّيّة، وما كان في غيرها نقلت ما أرى أنه الأرجح من كلام الحفاظ المحدثين، كما أقتصر في الدلالة على الحديث على ذكر الكتاب فالباب ثم رقم الحديث.

وقد أوليت عزو الأقوال إلى مصادرها عنايةً بالغة؛ إذ أشرت إلى موضع كل مسألة من المسائل الخلافية عند الآمدي في كتب الخلاف الفقهي بين الشافعية والحنفية، ويُستفاد من ذلك أمران:

أولهما: التنبيه إلى كون هذه المسألة خلافية بين المذهبَين، وأن الإمام الآمدي لم ينفرد بها، ولم يخرج عما كان معهودًا بين أهل الخلافيات من أصحابه الشافعية أو الحنفية.

ثانيهما: الدلالة على موضع المسألة في كتب الخلافيات ليرجع إليها الباحثون

ممن أراد المقارنة بين عرض العلماء للمسائل الخلافية، أو طرق الاستدلال والتقرير؛ ليعرف بذلك المبتدع من الناقل بحسب قِدَم الوفاة، أو أسبقية التأليف.

كما عزوت كل قول أورده الآمدي إلى مصدره ومرجعه الأصيل ما أمكنني ذلك.

وحيث كان التعريف بالأعلام الواردة في النص جزءًا مهمًّا من عملية البحث العلمي؛ لأنه كما يضبط القائلَ فإنه يضبط كذلك المسألة المقُولة، فكم من قول نُسِب إلى غير صاحبه بسبب الخلط في تراجم الأعلام، من هنا فقد عرَّفتُ بالأعلام الذين وردت أسماؤهم في هذا البحث، تعريفًا موجَزًا، معتمِدًا في ذلك على الكتب الأصيلة عند أهل الفن من المؤرخين وأصحاب التراجم.

وصف المخطوطة التي اعتمدت في تحقيق الكتاب :

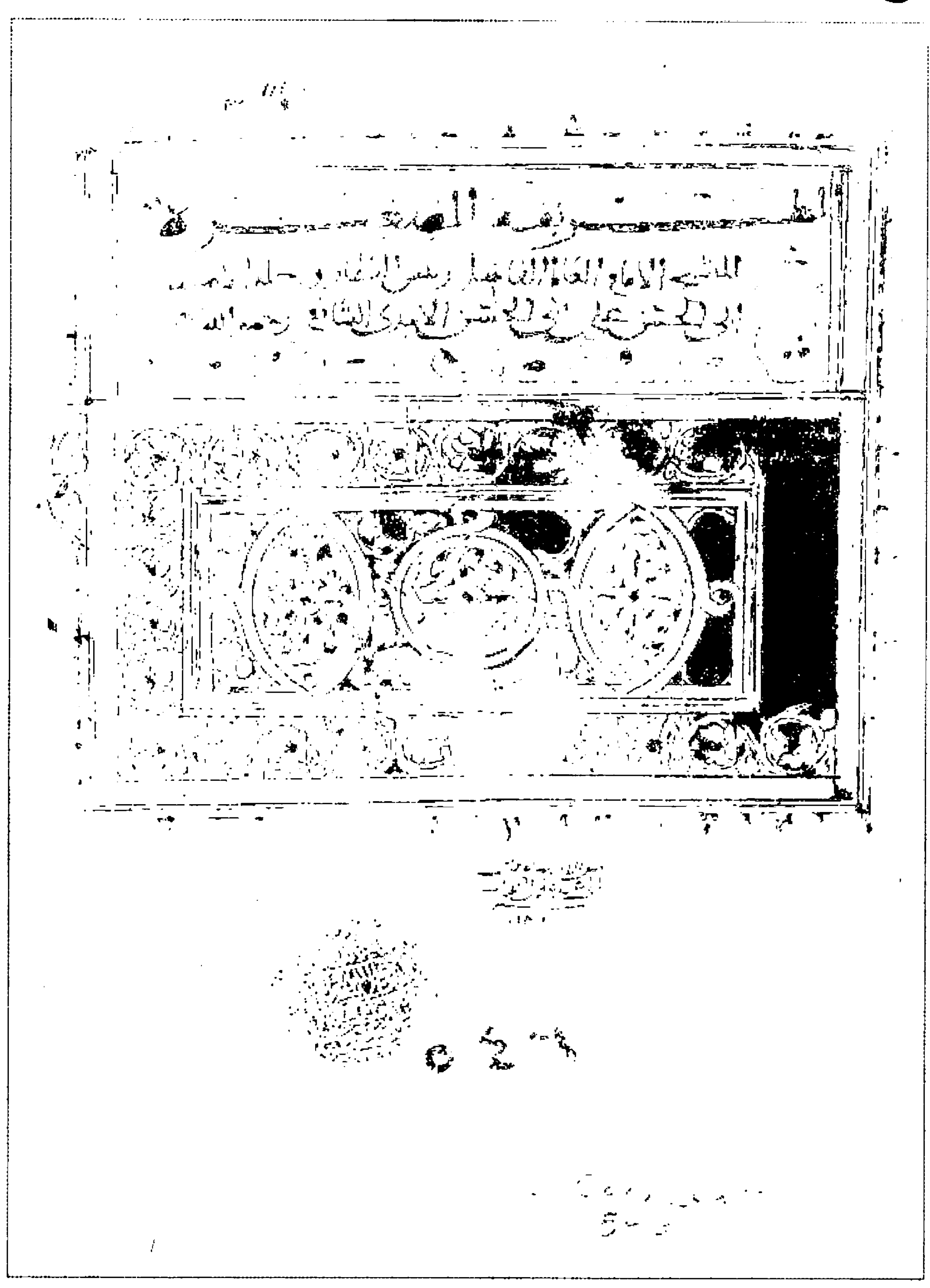
المخطوطة التي اعتمدتها في التحقيق هي مصوَّرة من مكتبة جار الله المدْرَجة في مكتبة السليمانية بمدينة إستنبول، وهي برقم ٥٤٦، وقد آلت إلى مكتبة ولي الدين جار الله سنة ١١٢٠هجرية، كما كُتِب على الغلاف «من آلاء ربه المعين على عبده ولي الدين ١١٢٠»، وهي في ١٣٢ ورقة، ولم يذكر الناسخ اسمه، ولا تاريخ نَسْخها.

هذا ولم أقف للكتاب على نسخة أخرى رغم البحث في فهارس المخطوطات، ومواقع البحث المتاحة على شبكة الإنترنت.

نسبة المخطوطة للآمدي: أما نسبة المخطوطة للآمدي فقد كُتِب على الغلاف بخط ناسخ المخطوطة عنوان الكتاب، وهو «**الطريقة الصغيرة**» **للشيخ الإمام العالم الفاضل رئيس النُّظّار ورُحَلة الأمصار أبي الحسن علي بن أبي الحسن الآمدي الشافعي رحمه الله**.

ولم يُشِر المؤلف في غضون الكتاب إلى أي كتاب من كتبه، ولا إلى شيخ من شيوخه، ولا إلى كونه هو مؤلِّف الكتاب رحمه الله ورضي عنه.

نماذج من النسخة الخطية :



صفحة العنوان

الصفحة الأولى

وليكن ما لحق فيه كذلك وإن كان منعقدا [illegible]

وكذا لا فيما لحق فيه وعن الخبر معا [illegible] عنه عليه السلام

أنه باع مدبرا وكان له [illegible]

كيف وإن [illegible]

بناء على الحجر [illegible] هو مسألة المكاتب [illegible]

وفي تركته [illegible] الحجر المقتضي عند [illegible] عند الخلاف الذي

حسبه [illegible] مستغن ببيان

الملازمة أنه لو [illegible] الانعقاد لكان [illegible] ما حصل من مقاصد

الكتابة المشروعة من الميت و[illegible] الحجر الكتابة

المستند وسلامة الاكتساب وحرية الأولاد المكاتب وغير

ذلك لمناسبتها وقوام الحكم المعدوم [illegible] في الفرع [illegible] امتناع

احتمال الفرع [illegible] التأثير [illegible]

بدليل البحث والسبر مع عدم الاطلاع عليه وللخصم [illegible]

أن يكون مستقلا بالتعليل في الفرع وفي الأصل [illegible]

[illegible] احتمال الحجر [illegible] المستلزم [illegible]

والمشاكل [illegible] المناصب الدينية والدنيوية [illegible]

[illegible] للميت مع مناسبتها [illegible]

على [illegible] وأنه [illegible] في التعليل [illegible]

[illegible] ما يخرج عليه من الاعتراضات [illegible]

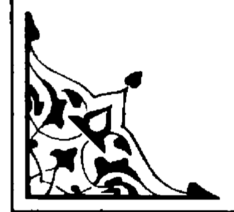
عنها في مسألة بيع الغائب فليطلب [illegible]

[illegible] الطريقة والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا [illegible]

الصفحة الأخيرة




النّصّ المحقّق




بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم [٢/أ]

[مسائل الطهارة]

[١] ـ مسألة [إزالة النجاسة بالمائعات]

الماءُ متعيِّنٌ لتحصيلِ مقصود الغسل المتعيِّن في موارد الأنجاسِ عندنا[١] خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قلنا ذلك لأنه أَحَدُ مُسَمَّيِ التطهير، فعُيِّنَ الماءُ لتحصيلِ مقصودِ تَسْمِيَتِهِ، فيَتعيَّنُ لتحصيلِ مَقصُودِه.

وبيانُ أنّهُ أحدُ مُسمَّيِ التطهيرِ أنّ الاستعمالَ في مَورِدِ الخبثِ والحدثِ يُسَمَّى تطهيرًا في الإطلاق العُرْفِي.

والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة، وعند ذلك فلا يَخْلُو إمّا أن يكون مَدلُولُ

---

(١) «النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة» للشيرازي ١: ٩. كتاب «الاصطلام» للسمعاني ١: ٤٢. «تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة» لابن الدهان، ١: ٣٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٩٣. «طريقة الخلاف بين الأسلاف» للإسمندي، ص٤٤. «وسائل الخلاف بين الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣١. قال سبط ابن الجوزي في «وسائل الخلاف»: «وقال محمد: لا يجوز إلا بالماء، وهو قول زفر».

التسْمِيةِ فيهما واحدًا أو مختلفًا، لا جائزٌ أن يقال بالاختلاف؛ إذ يلزم منه الاشتراك، وهو على خلافِ الأصل.

وإذا كان مدلولُ تَسْمِيةِ التطهيرِ فيهما واحدًا فيَلزَمُ من اتِّحادِ المسَمَّى فيهما اتِّحادُ المقصودِ فيهما، وإذا اتَّحدَ مقصودُهما فقد أجمعْنا على استلزامِ مقصودِ التطهيرِ في محلِّ الحدث؛ لتعيينِ الماء في تحصيلِه، فكذلك في مواردِ الخبَث ضرورةَ الاشتراكِ بينهما في المقْصود.

فإن قيل: سلَّمنا أنه أحدُ مسمَّي التطهيرِ، وأنّ الأصلَ في الإطلاق الحقيقة، ولكن لا نُسلِّمُ أنّهُ غيرُ مشترَك.

قولكم: الاشتراكُ على خلافِ الأصل، إنما يلزمُ ذلك أن لو لم يكن الاسمُ المشترَك من الأسماء العامة، وأمّا إذا كان فلا.

وإن سلَّمنا أنّ الاشتراكَ على خلافِ الأصل، غيرَ أنّ القولَ بإطلاقِ التسمِيةِ بجِهةِ التواطُؤِ يستدعي اتحادَ المسَمَّى والأصلُ عدمُه، ولا سِيَّما مع البحثِ عنه مع عَدَمِ الاطلاعِ عليه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُمُوه على اتِّحادِ المسَمَّى، لكِنه مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على الاختلاف.

وبيانُه من أربعةِ أوجه:

الأول: أنّ الاستعمالَ في محلِّ الحدثِ يُسمَّى وُضوءًا، بخلافِه في موردِ الخَبَث، والأصلُ عند اختلافِ التَّسمِيةِ اختلافُ المسمَّى.

الثاني: أنّ التطهيرَ في الحدثِ عن نجاسة حُكمِيّة؛ إذْ لا نجاسةَ على الأعضاءِ حِسًّا، بخلافِ مَوردِ النجاسة، فإنّهُ تطهيرٌ عن نجاسة عينية فافترقا.

الثالث: أنّ مُسمَّى التطهيرِ في مَحَلِّ الحدثِ عبادةٌ؛ لأنّه مأمورٌ به بقوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦].

وكلُّ مأمورٍ بِهِ عبادةٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ﴾ [البينة: ٥]. إلا ما خصَّهُ الدليل، ولأنّه شطرُ الإيمان؛ لقولِهِ عليه الصلاةُ والسَّلام: «الوُضُوءُ شَطْرُ الإيمان»(١).

والإيمانُ عبادة، فكان شَطرُهُ عبادةً، ولهذا فإنّهُ لا يصِحُّ مِنَ الكافرِ، وتعتبرُ فيه النيةُ على أصلِكُم.

الرابع: هو أنّ الشارعَ قد جعل للتَّطهيرِ في محلِّ الحدثِ بَدَلًا وهو التُّراب، بخلافِ موردِ الخبث، وذلك كلُّه يدلُّ على اختلافِ مُسَمَّى التطهيرِ فيهما، / ومعَ الاختلافِ فلا يَلزَمُ من تَعيينِ الماءِ في أحدِهِما تَعيينُهُ في الآخَر.

سَلَّمنا اتِّحادَ مُسَمَّى التطهيرِ، ولكنْ لا نُسَلِّمُ تعيينَ الماءِ في محَلِّ الحدثِ دونَ سائرِ المائعات؛ فإنّ التوضُّؤَ بالنبيذِ عندنا جائزٌ مطلقًا حَضَرًا وسفرًا.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُموهُ على تعيينِ الماءِ في مَوردِ الخَبثِ، لكنَّهُ مُعارَضٌ بما يدُلُّ على نقيضِه، وبيانُه من جِهةِ النَّصِّ والمعنى؛ أمّا النَّصُّ فقولُه تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدّثر: ٤]، أمَرَ بالتَّطْهيرِ مُطلَقًا، ولمْ يَخُصَّهُ بِمائعٍ دُونَ مائع، فالقولُ بالتَّعْيينِ يكونُ على خلافِ قَضيّةِ الإطلاق.

وأمّا المعْنَى فَهُوَ أنّ الماءَ إنّما كان مُطهِّرًا؛ لكونِه مُزيلًا للنَّجاسةِ العَينيّة، وذلكَ لأنّ المحلَّ كان طاهرًا قبلَ اتِّصالِ النجاسةِ بهِ، وبإزالةِ النجاسةِ بالماءِ عادَ طاهرًا، ولا حادثَ سوى الاتِّصالِ وعَدَمِهِ في الطَّرَفَين.

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الدعوات، ٣٥١٧، وقال الترمذي: «هذا حديث صحيح».

فيَغْلِبُ على الظَّنِّ أنّ الماءَ إنّما كان مُطَهِّرًا؛ لكَوْنِهِ مُزِيلًا للنجاسة، والخَلُّ مُشارِكٌ للماء في الإزالةِ، بَلْ أبلغ، حيث إنه يَزُولُ به مِنَ الدّبوغِ والآثارِ ما لا يَزُولُ بالماء.

والجوابُ عن الأول: أنّهُ مُعارَضٌ بأنّ الأصْلَ عَدَمُ التَّعدُّدِ في المسَمَّى أيضًا، ومَعَ التَّعارُضِ سَلِمَ لنا ما ذَكَرْنا أوَّلًا.

كَيْفَ وأنّ جَعْلَ اللَّفظِ المشترَكِ مِنَ الأسماءِ العامّةِ لا يَقُولُونَ به، بل هو لازِمٌ على أصْلِ الشّافِعي، ومع ذلك لا يَخْرُجُ عن كَونِه على خِلافِ الأصل؛ لكَوْنه مُختَلَفًا فيه بخلافِ المتَواطِئ.

وعن الثاني: أنّهُ مُعارَضٌ بأنّ الأصلَ عَدَمُ التَّعدُّدِ في المسَمَّى أيضًا، ومع التَّعارُضِ يَسْلَمُ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

كيف وأنّ المسَمَّى المشْتَرَكَ أمْكَنَ أنْ يَكُونَ هو الاستعمالَ المعتبَرَ في إطلاقِ الصلاةِ فيهما.

وعن الثالِث: أمّا الوجهُ الأولُ منه: أنّهُ إذا ثبتَ اتِّحادُ المسَمَّى فاختصاصُهُ في بعضِ صُوَرِهِ باسمٍ لا يُوجِبُ اختلافَهُ في نَفْسِه، بدليلِ مُسَمَّى الحيوان، فإنّهُ مُشترَكٌ بَيْنَ الإنسانِ والفَرَس، وما لَزِمَ من اختصاصِه في كلِّ صورةٍ باسمٍ اختلافُه في نَفسِه.

وأمّا الثاني: فلِأنّ التَّطهِيرَ في مَوردِ الخبثِ أيضًا عندنا عن نجاسةٍ حُكمِية، فإنّ المحَلَّ عند اتِّصالِ النجاسةِ العَينِيّةِ بهِ صار نجِسًا عندنا.

ولِهَذا فإنّهُ لو وَقَعَتْ نجاسةٌ يسيرةٌ في ماء، وكانتْ بحيثُ لو جَزَّأناها لا تَزِيدُ على عَشَرةِ أجزاءٍ فرْدةٍ مَرْئِيّة، وفرَّقْنا ذلك الماءَ في مِئةِ إناءٍ من الماء،

فجميعُ الأوانِي تنجس، بدليلِ امتِناعِ استصحابِ كُلِّ واحدٍ منها في الصلاة، مع عِلمِنا بِأنّ النجاسةَ الواقعةَ في الماءِ الأوَّلِ لا تَخْرُجُ عن عشَرةٍ من الأوانِي المفرُوضة.

وليس ذلك لاحتمالِ وُقوعِ بعضِ تِلكَ الأجزاءِ النَّجِسةِ فيه، فإنّهُ كان [٣/أ] طاهِرًا في الأصل، والأصلُ لا يُرفَعُ بالشَّك، فلم يَبْقَ إلا أن يكُون ذلك لنجاسةِ الماءِ الأوَّلِ في نفْسِه، ونجاسةِ ما فُرِّق فيه من الأواني.

وعلى هذا نقول: إنّهُ لو وقَعَتْ نجاسةٌ في أحدِ الإناءَينِ واشتَبَها يجُوزُ التطهيرُ من أيِّهما كان من غَيْرِ اجتهاد.

وأمّا الثالِث: فلا نسلِّمُ كَوْنَ الوضوءِ عبادة، والآيةُ فخاصّةٌ بالمشركين، فلا تكونُ حُجّةً في حقِّ غيرهِم.

ومعنَى الخَبَر: أنّ التَّصديقَ بشَرْعِيةِ الوُضوءِ شَطرُ الإيمان، لا نَفْسُ الوضوء، ولهذا لا يَخرُجُ المكلَّفُ عن كونِه مُؤمِنًا بِتَرْكِ الوُضُوءِ مع التَّصدِيقِ بشَرْعِيَّتِه، وذلك لا يَدُلُّ على أنّ فِعْلَهُ عبادة.

وإنْ سلَّمنا أنّ فِعلَ الوضوءِ شطرُ الإيمان، فلا نُسَلِّمُ أنّ كلَّ ما هو بَعْضٌ من العبادةِ يكونُ عِبادة، وعَدَمُ صِحَّتِهِ من الكافِر، لا نُسَلِّمُ دلالَتَهُ على كونِهِ عبادةً، بِدَليلِ الشهادة.

واشتراطُ النيةِ على أصْلِنا إنّما كان للتَّمْييز، كما في كِناياتِ الطَّلاقِ والعِتق، لا لجِهةِ القُرْبة، فلا يَلْزَمُ أن يكُونَ عبادة، كيفَ وأنّ النِّيةَ مُعتبَرةٌ في التَّطهِيرِ في مَورِدِ الخَبَثِ على رأيٍ لنا[١]؟

---

(١) قال العمراني: «وحكى صاحب «الإبانة» أن أبا العباس ابن سريج قال: لا تصِحُّ من غير نية =

وأمّا الرابع: فلا يَلْزَمُ من شَرْعِ البَدَلِ عن التَّطهيرِ بالماءِ في مَحَلِّ الحدَثِ دون مَوردِ الخبثِ اختلافُ مُسمَّى التطهير؛ لجوازِ أن يكونَ ذلك قصدًا للتَّخفيفِ عن المكلَّفِ في مَحَلِّ الحدث، لكِنَّ سبَبَ الحدثِ أغلبُ وُقوعًا من سببِ التنجيس بالنجاسةِ العينية، حيث إنه قد يكونُ عن خروجِ النجاسةِ العينية، وعن خُرُوجِ رِيحٍ أو نومٍ أو مَسٍّ بِخلافِ مَحلِّ النِّزاع.

وعن الرّابع: أنّا نفرِضُ الكلامَ في الحضَر، والتَّوضُّؤُ بالنبيذِ فيه غيرُ جائز، وإن كان عن أصحابِ أبِي حنيفة فيه رواية، إلا أنه رجع عنها بإجماعٍ من أصحابه[1].

وعن المعارضةِ بالنَّصّ: أنّ دخولَ الغَسلِ بِغَيرِ الماءِ من المائعاتِ تحتَ النصِّ مُتـوَقِّفٌ على كونـه تطهِيـرًا، وهو غيـرُ مُسلَّم.

وعن المعارضةِ بالمعنى نَمنَعُ كَوْنَ الماءِ مُطَهِّرًا بِمعنَى إزالةِ النجاسةِ العينية، بل بمعنى أنّهُ مُزيلٌ للنَّجاسةِ الحُكمِيةِ كما سَبَق.

ولا نُسَلِّمُ أنّ الخَلَّ مُشارِكٌ للماء في هذا المعنى، وإن كان مُشارِكًا لَهُ في الإزالةِ الحِسِّيّة، والله أعلم.



= كطهارة الحدث»، «البيان في مذهب الإمام الشافعي»، ١: ٩٩.

(١) قال الكاساني: «وذكر في «الجامع الصغير» أن المسافر إذا لم يجد الماء ووجد نبيذ التمر توضَّأ به ولم يتيمَّم، وذكر في كتاب الصلاة يتوضأ به، وإن تيمم معه أحب إليّ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجمع بينهما لا محالة، وهو قول محمد، وروى نوح الجامع المروزي عن أبي حنيفة أنه رجع عن ذلك وقال: لا يتوضأ به، ولكنه يتيمَّم، وهو الذي استقر عليه قوله، كذا قال نوح، وبه أخذ أبو يوسف، ومالك، والشافعي»، «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»، ١: ١٥.

[٢] ـ مسألة [الخارج النّجس من غير السّبيلين]

الخارجُ النجسُ من غيرِ السبيلَين لا ينقضُ الوضوءَ عندنا[١] خلافًا لهم[٢].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّه لو أُبطِلَ عُمُومُه في غيرِ السَّبيلَين لَأُبْطِلَ خُصوصُه في غيرِ السَّبِيلَين، واللازِمُ مُمتنع.

وتقريرُ الملازمة: أنّهُ يَلزَمُ من إبطالِ عُمُومِ الخارجِ للوضـوءِ في غيـرِ السَّبيلَين أن يكُونَ على حالةِ ابتداءِ التيمُّم، وعلى ما قبل الشُّرُوعِ في الصَّلاةِ دُونَ حالةِ الدَّوامِ في الصَّلاة؛ جَمْعًا بينَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدليل.

وأمّا المعْنَى: فلا نُسلِّمُ أنّ طَهُورِيّةَ التُّرابِ على خِلافِ الدَّليل؛ لأنّهُ على خِلافِ الدليل.

ومـا ذَكرُوه فـي تقريرِهِ فهو باطِلٌ بما لو تَوَضّأ بمـاءٍ مُتَغَيِّرٍ بالتُّرابِ تَغَيُّرًا فاحِشًـا، فـإنّ طَهُورِيَّتَـهُ على وَفْـقِ الدليل، وإن كان تَشْـوِيهُ الخِلْقـةِ أكثرَ من التَّيَمُّم.

وإن سلَّمنا ذلِك، ولكِنْ لا نُسلِّمُ اختصاصَ طَهُورِيَّتِـهِ بحالـةِ عَدَمِ المـاءِ مُطلَقًا، بل بما قبل الشُّرُوعِ في الصَّلاة؛ لما بينَ الحالَتَين من الافتِراقِ في اتِّصالِهِ

(١) «النكت» للشيرازي، ١:٥٨. «الاصطلام» للسمعاني، ١:١٠٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١:٦٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص١٠٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٧، «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص١٥.

بمقصُودِهِ وهُو الشُّروعُ في الصَّلاة، بخلافِ ما قبل الشُّروع، كالفارِقِ في النكاحِ بين ما قبلَ المسِيسِ وبعدَه.

وإنْ سلَّمْنا اختصاصَ طَهُورِيَّتِهِ بحالةِ عَدَمِ الماء، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّهُ واجِدٌ للماءِ بعد الشُّرُوعِ في الصَّلاةِ لما سَبَق، واللهُ أعلم.



[مسائل الصلاة]

[٣] ـ مسألة [إذا صلّى في أوّل الوقت وبلغ في آخره]

الصَّبِيُّ إذا صَلَّى في أَوَّلِ الوقتِ وبَلَغَ في آخِرِهِ لا تَلْزَمُهُ الإعادةُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلِك لأنّ القولَ بوُجُوبِ الإعادةِ يَستدْعِي دلِيلًا، والأصلُ عدَمُه.

فإنْ قِيل: دليلُ وُجوبِ الإعادةِ النَّصُّ والمعْنَى.

وأمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ الصَّلاةُ والسَّلام: «مَنْ أدْرَكَ رَكْعةً قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ فقَدْ أدْرَكَ العَصْرَ»[٣].

ووَجْهُ الِاحْتِجاجِ به: أنّهُ إمّا أنْ يُرِيدَ بِهِ إدراكَ الوُجوب، أو الفَضِيلة.

فإنْ كان الأولَ فهو المطلوب، وإن كان الثاني فهو مُستلزِمٌ للوُجُوب، ويَلْزَمُ من تَسْلِيمِ الحُكْمِ في هذِهِ الصُّورةِ تَسْلِيمُ الحُكْمِ في باقِي الصُّوَرِ ضَرُورةَ أنْ لا قائلَ بالفَرْق، وأيْضًا فإنّهُ أهْلٌ للصَّلاةِ في آخِرِ الوقتِ فوَجَبَ عليه؛ لقولِه تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [البقرة: ٤٣].

---

(١) «الاصطلام» للسمعاني، ١: ١٩٣. «النكت» للشيرازي، ١: ١٤١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١١٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص١٤٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣.

(٣) «صحيح مسلم»، كتاب المساجد، باب من أدرك ركعة من الصبح، ٦٠٨.

وأمّا المعْنَى فهو أنّهُ لو بَلَغَ من غَيْرِ صلاةٍ في أوَّلِ الوقتِ لَزِمَتْهُ الصَّلاة، ولا فارِقَ بينَ الحالَتين سوى فِعْلِ الصَّلاةِ في أوَّلِ الوقتِ في مَحَلِّ النِّزاعِ، وعَدَمِ فِعْلِها في الأصل.

وعَدَمُ فِعْلِها في الأصلِ لا مَدْخَلَ لَهُ في السَّببِ الموجِبِ للْفِعْل، ووُجُودُهُ في الفرعِ لو كان لَكان مانِعًا، والأصلُ [أ/ ٤] عَدَمُ المانِعِيّة، وعلى مُدَّعِيها البيان.

والجوابُ عن النَّصِّ الأوَّل: أنّهُ ظاهِرٌ في إدْراكِ الرَّكْعةِ بالفِعْلِ دُونَ ما عدا ذلك؛ لما فيه من الإضْمارِ المخالِفِ للْأَصْل، ونحنُ نقولُ به؛ فإنّ الصبِيَّ عندَنا قد أدركَ العصرَ مع أهلِيَّتِهِ لفعلِ العصر، فضْلًا عن الرَّكعةِ منها.

وعن النَّصِّ الثاني: أنّهُ إنّما يَكُونُ ذلِكَ حُجّةً في الوُجوبِ على الصَّبِيِّ أنْ لَوْ لَمْ يَكُنْ قد أتَى بالصَّلاةِ مع كونِهِ أهلًا لها، وهو مَحَلُّ النِّزاع، ولا يُمكِنُ مَنْعُ أهْلِيَّتِهِ لصِحّةِ الصَّلاةِ منه؛ لما رُوِيَ أنّ جماعةً سَأَلُوا النَّبِيَّ ﷺ مَنْ يَؤُمُّهُم، فقال لعُمَرَ بْنِ أبِي سلمة[1] وهو ابنُ سبعِ سنين: «صَلِّ بالقَوْمِ في مَساجِدِهِمْ وَعَلَى جَنائِزِهِمْ»[2].

ولوْ لَمْ تكُنْ صَلاتُهُ صحِيحةً لما كان كذلك، فإن قيل: وإن كان أهلًا

---

(١) كذا في النسخة، ولعله وهم من الناسخ، والصحيح كونه عمرو بن سلِمة بن نُفَيع الجَرميّ، أدرك النبي ﷺ، وكان يَؤُمُّ قومه على عهد رسول الله ﷺ؛ لأنه كان أكثرهم حفظًا للقرآن، وفَدَ عَلَى رَسولِ اللهِ ﷺ مع قومه، فَلَمّا أرادوا أن يَنصَرِفوا قالوا: يا رَسولَ اللهِ، مَن يَؤُمُّنا؟ قال: «أكثَرُكُم جَمعًا للقُرآنِ»، أو «أخذًا للقُرآنِ»، قالَ: فَلَم يَكُن أحَدٌ من القَومِ جَمَعَ ما جَمَعت، قالَ: فَقَدَّموني وأنا غُلامٌ وعَلَيَّ شَملةٌ، قال: فما شهِدتُ مجمعًا من جَرمٍ إلا كنت إمامهم، وأصلي على جنائزهم. (ت٨٥هـ) رضي الله عنه. «أسد الغابة في معرفة الصحابة» لابن الأثير، ٤: ٢٢٢.

(٢) حديث عمرو بن سلمة في صحيح البخاري، كتاب المغازي، ٤٣٠٢.

لصِحّةِ الصَّلاةِ منهُ فليسَ أهلًا لوُجُوبِها عليه، بدَلِيلِ قولِهِ عليهِ السلام: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثٍ»[١]، وعَدَّ الصَّبِيَّ من الجُملة.

قُلنا: الخبرُ ظاهِرٌ في رَفْعِ المؤاخذةِ، ونحنُ نَقُولُ به، ولا يَلْزَمُ من ذلك رفْعُ حُكْمِ الوُجُوبِ في حَقِّهِ بالنَّظَرِ إلَى ما يَتَعَلَّقُ بهِ من ثوابِ الواجبِ بتقديرِ فِعلِه.

وعن المعْنَى: لا نُسلِّمُ امتناعَ التعليلِ بالعدمِ إذا كان ظاهِرًا مُنضَبِطًا مُسْتَلْزِمًا لما يَصِحُّ أنْ يَكُونَ مقصُودًا للشّارِعِ في إثباتِ الحُكْمِ كالوَصْفِ الموجود، وذلِك مُتَحَقِّقٌ فيما نحنُ فيه؛ فإنّ عَدَمَ الفعلِ ظاهرٌ منضبط، وهو مستلزمٌ لحكمةِ وجوبِ الصَّلاةِ في الأصلِ المذكور.

وإن سلَّمنا أنّهُ ليسَ بعِلّةٍ للوُجُوبِ ولا جزء علة، ولكنْ لمَ قالوا: إنّ الفعلَ ليسَ بمانِعٍ؟

وبيانُ كونِه مانعًا: أنه أتى بمُسمَّى الصَّلاةِ على وجْهٍ صحيحٍ لما بيَّنّاه، فكان مانِعًا من وُجوبِ الإعادة، دَفْعًا للحرجِ والمشقّةِ والإضرارِ اللازِمِ من ذلك؛ لقولِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلام»[٢].

---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا، **٤٣٩٩**. «سنن الترمذي»، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه حد، **١٤٢٣**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، **٢٠٤٢**.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب في الأحكام والأقضية وغير ذلك، **٤٥٤٠**، دون كلمة «في الإسلام». «موطأ مالك»، كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، **٦٠٠**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، **٢٣٤٠** دون الهمزة في: «إضرار»، ودون كلمة: «في الإسلام»، قال ابن رجب: «هذا الحديثُ أسنده الدارقطنيُّ من وجوه، ومجموعها يُقوّي الحديثَ ويُحسِّنه، وقد تقبَّله جماهيرُ أهلِ العلم، واحتجّوا به»، ابن رجب، «جامع العلوم =

ولا يَلْزَمُ على ما ذَكَرْناهُ الحجّ، فإنّهُ تخصيصٌ لما ذَكَرْناهُ من النَّصُوصِ المنْضَبِطة، والعامُّ بعدَ التَّخصِيصِ حُجةٌ باتِّفاق الفريقَين؛ لأنّ الصَّبيَّ إذا بلغَ في أثناءِ الحَجِّ فعندنا لا تَلْزَمُهُ الإعادة، وإن بَلَغَ بعدَ فراغ الحجّ، فإنّما قُلنا [ب/٤] بوُجوبِ الإعادة؛ لأنّ ما حَصَلَ من مقصودِ الحَجِّ بفِعلِ الصَّبيِّ بالنِّسْبةِ إلى حالةِ البلُوغِ أدْوَنُ مِمّا يَحصُلُ من فعلِ الصَّبيِّ للصَّلاة بالنسبةِ إلى حالةِ البلوغ؛ لما بينهما من التَّفاوُتِ في كمالِ العقلِ الذي هو مَناطُ حُصولِ المقصُود من الفعل، بسَببِ التَّفاوُتِ في طُولِ المدّة التِي هيَ وقتُ ابتداءِ الصَّلاةِ وآخِرُ وقتِها، والمدّةِ التي هي ابتداءُ فِعْلِ الحجِّ إلى آخرِه.

وذلِكَ لأنّ الحَجَّ عِبادةُ العُمُرِ وأكْمَلُ العبادات، ولِهذا اشتُرِطَتْ في فِعْلِهِ عن الفرْضِ الحُرِّيّة، بخلاف غيرِهِ من العِبادات، فلا يَلْزَمُ من وُجُوبِ إعادَتِهِ وُجُوبُ إعادةِ الصَّلاة، كيفَ وأنّ غايةَ ذلك تَخْصِيصُ عُمُومِ ما ذكرْناهُ من النُّصوص، والعامُّ بَعْدَ التَّخْصِيصِ حُجّةٌ باتِّفاقِ الفَرِيقَيْن؟ والله أعلم.



= والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم»، ٣: ٩١٠.

[٤] ـ مسألة [اشتباه القبلة]

إذا اشتبهتِ القبلةُ على إنسان، فإن كانتِ العلامةُ الدالّةُ على القبلةِ ظاهرة، فإذا صلَّى بالاجتهاد إلى جهةٍ يغلبُ على ظنِّه أنّها جهةُ الكعبةِ ثم تبيَّن الخطأ فلَنا في وُجوبِ القضاءِ في هَذِهِ الصُّورةِ قَوْلانِ[١]، والخَصْمُ يَقْطَعُ في هَذِهِ الصُّورةِ بوُجُوبِ القَضاءِ[٢].

وإن كانتِ العَلاماتُ خَفيّةً مُنْدَرِسةً، وصلَّى إلى جِهةٍ تَمِيلُ نَفْسُهُ إليها ثُمَّ تَبيَّنَ الخَطَأ، فعِندَنا في هَذِهِ الصُّورةِ يَجِبُ عليهِ القضاء، أخْطَأَ أَوْ أصاب، وللخصمِ في هذِه الصُّورةِ في وُجوبِ القضاءِ في حالةِ تَبيُّنِ الخطأِ رِوايَتانِ[٣].

والخلافُ مُتَصَوَّرٌ في الصُّورةِ الأُولَى على أحَدِ قَوْلَيْنا، وفي الصُّورةِ الثانيةِ على إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن الخَصْمِ[٤]، ولنَفْرِضِ الكلامَ في الصُّورةِ الثانيةِ

---

(١) قال العمراني: «إذا صلَّى إلى جهة بالاجتهاد، فلما فرغ تيقَّن أنه صلى إلى غير جهة القبلة، فهل تلزمه الإعادة؟ فيه قولان، [ثم قال العمراني]: والقول الثاني: تلزمه الإعادة، وهو الأصح». «البيان»، ٢: ١٤٣-١٤٥.

(٢) قال الكاساني: «إن كان بعد الفراغ من الصلاة يعيد، وإن كان في الصلاة يستقبل»، «بدائع الصنائع»، ١: ١١٩. وقال المرغيناني: «فإن علم أنه أخطأ بعدما صلى لا يعيدها». «الهداية شرح بداية المبتدي»، ١: ٥٦.

(٣) «المبسوط» للسرخسي، ١٠: ١٩٢.

(٤) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص١٤٢. «المبسوط» للسرخسي، ١٠: ١٤٢.

فنَقُول: إذا صَلَّى إلى جِهةٍ تَمِيلُ نَفْسُهُ إليها ثُمَّ تَبَيَّنَ الخَطَأ يَجِبُ القَضاءُ[١].

وإنما قُلنا ذلك لأنّهُ لَوْ لَمْ يَتَّفِقْ مَحَلُّ النزاع ومَحَلُّ الإجماع حُكْمًا لافْتَرَقا مَعْنًى، واللازِمُ مُمْتَنِع، ومَحَلُّ الإجماع: ما إذا صَلَّى إلى جِهةٍ لا تَمِيلُ نفسُه إليها، فإنّهُ يَجِبُ عليهِ القَضاءُ إجماعًا.

وبيانُ الملازمةِ أنّه لو لم يتَّفِق محلُّ النِّزاعِ ومَحَلُّ الإجماعِ في وُجوبِ القضاءِ لكان ذلِكَ بناءً على افتراقِهما في المعْنَى؛ ضرورةَ [أ/ ٥] عدمِ الاختلافِ في الحُكمِ مع الاتفاقِ بينهُما في المعْنَى.

والفارقُ إمّا أنْ يَعُودَ إلى الأصْلِ أوِ الفَرْعِ، فإنْ عادَ إلى الأصْلِ لَزِمَ المقصُودُ في العِلّة، والعِلّةُ القاصرةُ إذا لم تكن منصوصةً ولا مُجْمَعًا عليها بينَ الأُمّة فهِيَ باطِلةٌ بالإجماعِ من الفرِيقَين.

أمّا عندنا فعلى أحدِ القولَين، وأمّا عندهُم فمن غيرِ خلاف، والأصلُ عدمُ النصِّ والإجماعِ على العلةِ القاصرةِ فيما نحنُ فيه، وإن عادَ الفارقُ إلى الفرعِ فالأصلُ عدمُه، وعلى من يدَّعيه بيانُه.

فإن قِيل: لا يَلْزَمُ من عَدَمِ تَعْدِيةِ العِلّةِ من الأصلِ إلى الفرعِ فيما نحنُ فيه القصورُ المُبطِل؛ لجَوازِ أن تكونَ مُتَعَدِّيةً إلى صورةٍ أُخْرَى، ولكِن لا نُسلِّمُ بطلانَ العلةِ الظاهرة، فإنها إذا كانت منصوصةً أو مُجْمَعًا عليها تكونُ صحيحةً عندنا، ولم يُثبِتوا ذلك.

سلَّمْنا التَّعْدِية، ولكِنْ إنّما يَلْزَمُ القضاءُ في الفرعِ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ المعارِضُ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ١٦٨. «الاصطلام» للسمعاني، ١: ١٨٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١١٠.

لنَفْيِه، وبيانُ المعارِضِ من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النصُّ فما رُوِي: «أنّ بعضَ الصحابةِ سألَ النبيَّ ﷺ عن حُكْمِ الخطأ في القبلةِ بعدَ الاجتهادِ، فنَزَل قوله تعالى: ﴿ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ ﴾ [البقرة: ١١٥]»(١).

والمرادُ من ذلِكَ قَبولُ الصلاة، والقَبولُ بمعنى الصحة، ومنهُ قولُهُم: شهادةٌ مَقبُولة، أي: صحيحة، ومع الصحةِ فلا قَضاء؛ لأنّ القضاءَ إنّما يَجِبُ استِدراكًا لما فاتَ من مَصْلَحةِ الصَّلاةِ الواجِبة، ومع الصِّحّةِ فالمصْلَحةُ حاصِلة، وفي وُجوبِ القَضاءِ تَحصِيلُ الحاصلِ، وهو مُحال.

وأمّا المعْنَى: فإنّهُ مَأمُورٌ بالصلاةِ إلى جِهةٍ يَغْلِبُ على ظَنِّه أنّها جِهةُ القِبلة، لا إلى ما يَقطَعُ بأنها جِهةُ القِبلة؛ إذْ هو تكليفُ ما لا يُطاق، وهو منفيٌّ بقولِهِ تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وقد أتَى بما أُمِرَ به، فكانت مَصلحةُ المأمورِ به حاصِلة، ويَلزَمُ من ذلك امتناعُ وجوبِ القضاءِ لما سَبَقَ تقريرُه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُمُوه على القضاء، لكنَّه مُقابَلٌ بمِثْلِه، وهو أنّا أجمَعْنا على أنّه إذا صلَّى إلى جِهةٍ يَغلِبُ على ظَنِّهِ أنّها جِهةُ الكَعْبةِ ولم يَتبيَّنِ الخَطَأُ أنّه لا يَجِبُ عليهِ القضاء، ويَلْزَمُ مِثلُهُ في مَحَلِّ [ب/٥] النِّزاع، لأنّهما لَوْ لَمْ يَتَّفِقا حُكمًا لافْتَرَقا مَعْنًى، واللازِمُ مُمتنِعٌ بغيرِ ما ذكرتُمُوه.

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الصلاة، باب ما جاء في الرجل يصلي لغير القبلة في الغيم، **٣٥٤**. وقال الترمذي: «هذا حديث ليس إسناده بذاك، لا نعرفه إلا من حديث أشعث بن السمان، وأشعث بن سعد أبو الربيع السمان يضعف في الحديث». «سنن ابن ماجه»، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب من يصلي لغير القبلة وهو لا يعلم، **١٠٢٠**.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ الأصلَ عَدَمُ التَّعْدِيَةِ إلى صُورةٍ أُخْرَى.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ: أنّهُ وَرَدَ في النوافلِ على ما ذكرهُ ابنُ عباس(١)، وما ذكروهُ من السَّبَبِ فقد طَعَنَ فيه الدارَقُطْنِيُّ(٢)، وقد قِيل: يرويه أبو الربيع وعمرُو بن قَيس، وهُما ضعيفان(٣)، ثُمَّ وإنْ صَحَّ ذلك فيجبُ حَمله على الخَطأ في التيامُن والتياسُر، جَمْعًا بينَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدليل.

وإن سلَّمنا أنّ المرادَ به الخطأُ في الجهة فالمراد بقوله: ﴿فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١١٥]، أيْ: ثوابُه، ولا يَلزمُ من كونه مثابًا عليه امتناعُ وُجوبِ القضاء.

ولِهَذا فإنّه لَوْ لَمْ يَجِدْ ماءً ولا تُرابًا، وصَلَّى على حَسَبِ حالِه، فإنّ صلاتَهُ صحيحةٌ عندنا، بمعنى امتثالِ الأمر، وأنهُ يُثاب عليها، ومع ذلك فيَجِبُ عليهِ القضاء، وبالإجماعِ عندنا إذا صلَّى مع ظنٍّ أنّهُ متطهِّر، ثم بانَ أنه لم يكن متطهِّرًا، فإنّ صلاته صحيحة، وأنّهُ مُثابٌ عليها بمعنى امتثالِ الأمر، ومع ذلك يجبُ عليه امتثالُ الأمر، وبهَذا يَندَفِعُ ما ذكرُوهُ من المعارضةِ بالمعْنَى.

---

(١) نسبه الإمامان البغوي والقرطبي إلى عبد الله بن عمر بدل ابن عباس رضي الله عنهم، انظر «معالم التنزيل» للبغوي، ١: ١٥٨. وانظر «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي، ٢: ٨٠.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب الصلاة، باب الاجتهاد في القبلة وجواز التحري في ذلك، ١٠٦٤. إلا أن الدارقطني لم يذكر الآية، وحكم على الحديث بالضعف. وانظر: البيهقي، «السنن الكبرى»، جماع أبواب استقبال القبلة، باب استبانة الخطأ بعد الاجتهاد، ٢٢٤٣. وقال البيهقي: «ولم نعلم لهذا الحديث إسنادًا قويًّا صحيحًا»، وقال الإمام النووي: «وضعفه الدارقطني والبيهقي وآخرون»، «المجموع شرح المهذب»، ٣: ٢٤٤.

(٣) إنما ضعَّفه الدارقطني بمحمد بن يزيد، ومحمد بن عبيد الله العرزمي، ولم أقف في سنده على من ذكرهما الإمام الآمدي رحمه الله.

وعن السُّؤالِ الأخِير: أنّ انتفاءَ القضاءِ في الأصلِ إنّما كان لانتفاءِ المقتضِي لوُجوبِ القضاء، وهو الأصلُ إلا لعِلّةٍ قاصِرةٍ اقتَضَتْ نَفْيَ الفصل، بخلافِ ما ذكرناه، فلَمْ تتَحَقَّقِ المقابَلة، والله أعلم.



[٥] ـ مسألة [المسافر لقصد المعصية]

المسافِرُ لقَصْدِ المعصيةِ في مسافةٍ تُقْصَرُ فيها الصَّلاة لا يَترَخَّصُ تَرَخُّصَ المسافِرِ عندنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلْنا ذلك لأنّه يَلزمُ من الترخُّصِ إلغاءُ ما دلَّ الدليلُ على اعتبارِه فيَمتَنِع، وبيانُ الملازمةِ أنه لو ترخَّصَ لكان ترخُّصُه مُعَلَّلًا بما فيه من دفعِ الضررِ اللا[زِم] من مشقّةِ السفرِ فإنه مناسبٌ له، والأصلُ عدمُ ما سواه.

ويلـزمُ مـنِ اسـتقلالِه بالتعليـلِ هاهُنـا اسـتقلالُه بالتعليـلِ فيمـا إذا سـافَرَ لمقصـودٍ مُباح؛ لكوْنه مُشْتَرَكًا بيـنَ الصُّورَتَين، وفي ذلِكَ إلغـاءُ ما اختَصَّ به الأصـلُ من تحصيلِ المقصودِ المباحِ مع مناسـبتِه [٦/أ] للتَّرخُّـص، إعانةً لَهُ على تحصيـلِ مقصُودِه المبـاحِ، وقِرانِ الحُكمِ الدالَّينِ على اعتبـارِه في الترخُّصِ، وهو مُمتنِع.

فإن قيل: إنّما الممكِنُ إدخالُ المقصودِ المباحِ في التعليلِ أن لوْ لمْ يَكُنْ عُمومُ وَصْفِ السَّفَرِ مُستقِلًّا بالتعليلِ بدلالةِ النَّصِّ، وليس كذلك، ودليلُه قولُه تعالى: ﴿ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [البقرة: ١٨٤]، رَتَّبَ الإفطارَ على مُطْلَقِ السَّفَرِ في كَلامِهِ مع مُناسَبةِ السَّفَر،

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٢٤٠. «الاصطلام» للسمعاني، ١: ٣١٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١٦٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٧٧. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٠.

وترتيبُ الحُكمِ على الوصفِ المناسِب في كلامِ الشارعِ دليلٌ على الإيماءِ إليهِ والتعليلِ به.

سلَّمنا عدمَ استقلالِه بدلالةِ النص، ولكِنْ إنّما يَلزمُ مِن استقلالِه بالتعليل إلغاءُ المقصودِ المباحِ أن لَوِ امتَنَعَ تعلِيلُ الحُكْمِ في الأصلِ بعِلَّتَين، وهو ممنوع.

وإن سلَّمنا امتناعَ تعليلِ الحكمِ بعِلَّتَينِ إلا أنّهُ كما يَلزَمُ من التعليل بالوصف المشترَكِ إلغاءُ خصوصِ الوصفِ الخاصِّ بالأصل فيَلزمُ من إدراجِ الوصفِ الخاصِّ بالتعليلِ إلغاءُ الوصفِ المشتركِ في الفرع، وليسَ دَفْعُ أحَدِ المحذُورَينِ أوْلَى من الآخَر، بَلِ التعليلُ بالوصفِ المشترَكِ أوْلَى؛ لما فيه من مُوافقةِ التعدِيَة، وفي مُقابِلِهِ من القُصُور.

سلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُموه على امتناعِ الترخُّصِ، إلا أنّهُ مُعارَض بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وفي الِامتناعِ عن الأكلِ في حالِ الِاضطرارِ في السَّفَرِ إلقاءُ النَّفْسِ في التَّهلُكة، وهو ممتنعٌ مُحرَّم.

وأيضًا ما رُوِيَ عن صَفوانَ بنِ عَسّالٍ المرادِيِّ[1] أنّه قال: أمَرَنا رسولُ اللهِ ﷺ إذا كُنّا مُسافِرينَ (أو سَفرَى)[2] أن ننزِعَ خِفافَنا ثلاثةَ أيامٍ وليالِيهِنَّ[3].

---

(١) صفوان بن عسال المرادي، له صحبة، غَزا مع رسول الله ﷺ اثنتي عشرة غزوة، سكن الكوفة، توفي في حدود الأربعين للهجرة. «أسد الغابة» لابن الأثير، ٢: ٤٠٩.

(٢) كذا في النسخة، والذي في كتب الحديث: «إذا كنا سَفرًا أو مسافرين».

(٣) «سنن الترمذي»، أبواب الطهارة، باب المسح على الخفين، للمسافر والمقيم، ٩٦، وقال: «هذا حديث حسن صحيح». «سنن النسائي»، كتاب الطهارة، باب التوقيت في المسح على الخفين للمسافر، ١٢٦. «سنن ابن ماجه»، كتاب الطهارة وسننها، باب الوضوء من النوم، ٤٧٨.

ومعارَضٌ بالمعْنَى، وهو أنّ العاصِيَ في سَفَرِهِ يترخَّصُ مع كَوْنِ المعصيةِ مُتحقِّقةً في السَّفرِ، فتَرَخُّصُه فيما نحنُ فيه ـ مع أنّ المعصيةَ فيه مَوْهُومةٌ ـ أَوْلَى، وأيضًا فإنّهُ لو أنشأ قَصْدَ المعْصِيةِ في أثناءِ السَّفَرِ لمقصُودٍ مُباحٍ فإنّهُ يَترَخَّص، ولا فارِقَ غيرُ تقديمِ النِّيةِ في مَحَلِّ النِّزاعِ، وتأخيرِها في الأصل، وهو غيرُ مُؤَثِّر.

والجوابُ عن السؤالِ الأوَّل: أنّ النصَّ المذكورَ ليسَ فيه دلالةٌ على جوازِ الإفطارِ الذِي هو مَحَلُّ النِّزاعِ حتَّى يَكونَ السَّفَرُ عِلّةً له، بَلْ على أنّ مَنْ أفْطَرَ فعَلَيْهِ عِدّةٌ من أيامٍ أُخَر، ولِهَذا فإنّهُ لَوْ لَمْ يُفْطِرْ لا يَجِبُ عليهِ القَضاء، ونحنُ نَقُولُ به.

وإن سلَّمنا دلالةَ النصِّ على جوازِ الإفطارِ مُرتَّبًا على السَّفَر، ولكنْ لا نُسلِّمُ صِحّةَ الإيماءِ إلى السَّفَرِ مع تخلُّفِ الحُكمِ عنهُ في الهائِمِ على وجهِ الأرضِ والمسافرِ سفَرًا قصِيرًا.

وعن الثّانِي والثّالِث: ما سبقَ في مسألةِ الخارجِ النَّجِس.

وعن المعارضةِ بالآية: مُعارَضتُها بقولِهِ تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]، أثبتَتِ التحريمَ مُطلَقًا، غيرَ أنّا خالَفْنا ذلِكَ فيما إذا سافَرَ لمَقصُودٍ مُباح، وما نحنُ فيه ليسَ في مَعْناه، فكان الأصلُ فيه مُحَرَّمًا بعُمُومِ الآية، ومع التعارُضِ سُلِّمَ لنا ما ذَكرناهُ أوَّلًا.

كيف وأنّ آيَتَنا راجِحةٌ؛ لكَونِها ناصّةً على تحريمِ الأكلِ بخلافِ آيَتِهِم؟

وعن الخَبَر: أنّهُ مُطلَقٌ في السَّفَر، وقد عُمِلَ به فيما إذا كان السفرُ لمقصودٍ مباح، وخُولِفَ في السفَرِ القصِير، والمطلَقُ إذا عُمِلَ بهِ في صُورةٍ وخُولِفَ في صُورةٍ خَرَجَ عن كونهِ حُجّةً.

وعن المعارضةِ بالمعْنَى الأوَّل: أنّ جَوازَ التَّرَخُّصِ فيما إذا عصَى في السَّفَرِ إنّما كان لكونِه سَفَرًا لمَقْصُودٍ مُباح، وهو غيرُ متحقِّقٍ فيما نحنُ فيه، فانْقَطَعَ الخِلاف.

وعن المعارضةِ بالمعْنَى الثّانِي: مَنْعُ جوازِ التَّرَخُّصِ فيما ذَكرُوهُ من الصُّورة، والله أعلم.



[٦] ـ مسألة [تارك الصلاة]

إذا تَرَكَ الصلاةَ تَهاوُنًا وكَسَلًا من غَيْرِ جُحودٍ لوُجُوبِها، ودُعِيَ إلى فِعْلِها ولَمْ يَفْعَلْها حتى دخلَ وقتُ الصلاةِ الثانية، جازَ قتلُه عندنا[١]، خِلافًا لأبي حنِيفة، فإنّهُ قال: يُعَزَّرُ ويُحْبَسُ[٢].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ شَرْعَ القتلِ أحدُ النوعَينِ المتَّفَقِ على حَصْرِ الوسيلةِ المفْضِيةِ إلى تحصِيلِ مقصُودِ الصَّلاةِ فيهِما، وقد ترجَّحَ على مُقابِلِهِ فيتَعيَّن.

وتقريرُ ذلِكَ هو أنّ المقصُودَ من الصلاةِ مطلوبٌ للشّارِعِ بالإجماع، وقد انعقدَ إجماعُ الفريقَينِ على حَصْرِ الوسيلةِ المفْضِيةِ إليهِ في شَرْعِ القَتْلِ والحَبْسِ مع التَّعزِير.

[٧/أ] ولا يَخْفَى أنّ شرعَ القتلِ بتركِ الصلاةِ أفْضَى إلى تحصيلِ مَقصُودِ / الصلاةِ من الحبسِ والتعزِير، ولا يَخفَى أنّ شرْعَ القتلِ أبْلَغُ في الزَّجْرِ عن تَرْكِ الصلاةِ في نَظَرِ كُلِّ عاقل.

والحُكْمُ إذا قُصِدَ تحصيلُ مقصودٍ ولهُ إلى تحصِيلِه طريقان فإنّهُ يُختارُ أفْضاها إلى تحصِيلِه، فإذا كان شرْعُ القتلِ أفْضَى إلى مقصُودِ الشارِعِ الحكيمِ من الصلاة وَجَبَ أن يتعيَّن تقريرًا لهذِهِ القاعدةِ الممَهَّدة.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٢٨٤. «الاصطلام» للسمعاني، ١: ٣١٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١٧١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص١٨٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٤.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّ شرْعَ القتلِ أفْضَى إلى مقصودِ الصَّلاةِ من الحَبْسِ والتَّعْزِير، وبيانُه من وَجهَين:

الأوَّل: هو أنّ المقصودَ من الصَّلاةِ إنما هو الابتلاءُ والامتحانُ؛ ليَبينَ المطيعُ من العاصِي، وإنّما يَحصُلُ هذا المقصودُ أنْ لَوْ خُلِّيَ الإنسانُ وَدَواعِي نفسِه، ليكُونَ إتيانُه بها دليلَ تقديمِ حَقِّ الأمرِ على حظِّهِ العاجِل، أمّا إذا أتى بها عن إلْجاءٍ بالسيفِ فلا.

الثّانِي: أنّهُ بتقديرِ شرعِ القتلِ إذا امتنعَ وقُتِلَ فقد فاتَ مقصودُ الصَّلاةِ بالكُلِّيّة، بخلافِ شرعِ الحبْسِ مع التَّعزِير.

سلَّمْنا أنّ شرعَ القتلِ أفْضَى إلى تحصيلِ مقصودِ الصلاة، وأنّ ذلك مُناسِبٌ لشَرْعِه، ولكِنْ لا بُدَّ لهُ من أصلٍ شاهدٍ بالِاعتبارِ، ولمْ يَذْكُرُوه.

سلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على شرعِ القتـل، لكنَّـهُ مُعارَضٌ بما يدُلُّ على عدَمِه، وبيانُه النصُّ والمعنى؛ أمّا النصُّ فقولُه عليه السلام: «لا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بإحْدَى أُمُورٍ ثَلاثة؛ كُفْرٍ بَعْدَ إيمان، وَزِنًا بَعدَ إحصان، وقَتْلِ نفْسٍ بغيرِ الحـق»[1]، وتاركُ الصلاةِ لم يَصدُرْ منهُ أحدُ هذِه الأمورِ الثلاثةِ فلا يحـلُّ دمُه.

وأمّا المعنَى: فهو أنّ القتلَ لو شُرِعَ لَشُرِعَ زاجِرًا على ما ذَكَرْتُمُوه، وذلك مُتَعذِّرٌ؛ لكَوْنِ الزّاجِرِ مُقيَّدًا بالمماثلة، على ما قال تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [الشورى: ٤٠].

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، الآية، ٦٨٧٨. «صحيح مسلم»، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، ١٦٧٦.

وقولِه: ﴿ مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾ [غافر: ٤٠]، ولا مُماثلة هاهُنا، بدَليلِ أنّ القتلَ مشروعٌ في جنايةِ الكُفْرِ، فيكونُ مماثِلًا لها، نظَرًا إلى قَضِيّةِ العدلِ والإنصاف، وجنايةُ الكفر راجحةٌ على جنايةِ تَرْكِ الصَّلاة، فالقَتْلُ المساوِي لجنايةِ الكفرِ الراجحةِ على جنايةِ تركِ الصلاةِ يكونُ راجِحًا على جنايةِ تَركِ الصلاة، فلا يُشْرَع.

الجوابُ عن المنع: بما ذكرناه.

وعمّا ذكروهُ من الوجه الأولِ في تقريرِ المنع: أنّهُ لم يكُنْ تارِكًا للصلاةِ جُحُودًا، بل لما يَلزَمُه من المشقّةِ فيها، فإذا عُلِمَ أنّهُ لا بُدَّ له من الصَّلاةِ بسَبَبِ شَرْعِ القتل، فيَأْتِي بها على جِهةِ [ب/٧] الطَّواعِيةِ وقَصْدِ امتثالِ الأمْر، حتَّى لا يُفَوِّتَ على نفسِهِ ثَوابَها.

وعن الوجهِ الثّاني: أنّهُ إنّما يَلْزَمُ بتقدِيرِ امتناعِه من فعلِ الصلاةِ بتقديرِ شَرْعِ القتل، وعاملُ ما لا يَلْزَمُ مُفْسِدُهُ القتل، دفعًا لما ينالُه من مشقّةِ الصلاة.

وإن تُصُوِّرَ ذلك بجِهةِ النُّدُورِ فمَرْجُوحٌ بالنظرِ إلى ما يَحْصُلُ من مَقصُودِ الصلاة في الغالبِ المقارِبِ للْقَطْع.

وعن السُّؤالِ الثّاني: أنّ الشاهِدَ بالِاعتِبارِ إنّما يُحتاجُ إليه في تخريجِ مَناطِ الحُكْمِ[١] الذِي لم يَثْبُتِ اعتبارُه، وفيما نحنُ فيه فالإجماعُ منعقدٌ على أنّ مقصودَ الصلاةِ مطلوبٌ للشارع، ومعتبرٌ في نظرِه، وإنّما النظرُ في تغييرِ الحُكْمِ

(١) عرَّفه الآمدي بقوله: «وأما تخريج المناط فهو النظر والاجتهاد في إثبات علة الحكم الذي دلَّ النص أو الإجماع عليه دون عليته، وذلك كالاجتهاد في إثبات كون الشدة المطربة علة لتحريم شرب الخمر، وكون القتل العمد العدوان علة لوجوب القصاص في المحدد، وكون الطعم علة ربا الفضل في البُرِّ». «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، ٣: ٣٠٣.

المفْضي إليه شَرْعًا، وهو المعبَّرُ عنه بتَنْقِيحِ الحُكْمِ[١]، ولا يَلْزَمُ مِنِ افتِقارِ كَوْنِ المقصودِ علّةَ الحُكْمِ إلى شاهدٍ بالاعتبارِ افتقارُ الحكم المُفضِي إلى المقصودِ المعتبرِ الشاهدِ بالاعتبار، وفيه دِقّةٌ فليُتنبَّهْ لَه.

وعن المعارضةِ بالنصّ: أنّها مُعارَضةٌ بقولِهِ ﷺ: «أُمِرْتُ أن أُقاتِلَ الناسَ حَتَّى يَقُولُوا: لا إلهَ إلا الله، فإذا قالُوها عَصَمُوا مِنِّي دِماءَهُمْ وأمْوالَهُمْ إلا بحَقِّها»[٢]، والصَّلاةُ من حَقِّها، فإذا تَرَكَهُ فلا يكونُ مَعصُومًا، ومع التَّعارُضِ فيُسَلَّمُ لنا ما ذكرناه.

وعن المعارضةِ بالمعْنَى: بمَعْنَى اعتبارِ المماثلةِ فيما نحن فيه.

والنُّصوصُ فمُطْلَقةٌ في السَّبَبِيّة، وقد عُمِلَ بها في إتلافِ المِثْلِيّاتِ، وخُولِفَ في الحدُودِ والتعزيرِ، فلا يَبْقَى حجةً، وإن سُلِّمَ العمومُ في السَّبَبِيّةِ فقولُه: ﴿ٱلْيَوْمَ تُجْزَىٰ كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ﴾ [غافر: ١٧]، إمّا أن يكونَ لحَصْرِ الجزاءِ في الأُخْرَى، أوْ لتَكْمِلَتِه.

فعلى التقديرِ الأولِ لا يكونُ القتلُ في الدُّنيا جزاءً، وعلى التقديرِ الثاني يكونُ بعضَ الجزاء، فلا تكونُ المماثلةُ معتبرةً فيه على التقدِير.

وإن سلَّمنا أنه كلُّ الجزاءِ، فإنما يكونُ القتلُ زائدًا على جِنايةِ تَرْكِ الصلاةِ

---

(١) عرَّفه الآمدي بقوله: «وأما تنقيح المناط فهو النظر والاجتهاد في تعيين ما دلَّ النص على كونه علة من غير تعيين، بحذف ما لا مدخل له في الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف». «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، ٣: ٣٠٣.

(٢) «صحيح البخاري»، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب قتل من أبى قبول الفرائض وما نُسِبوا إلى الردة، ٦٩٢٤. «صحيح مسلم»، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، ٣٢.

أنْ لَوْ كان مُساوِيًا لجنايةِ الكُفْرِ على ما ذَكرُوه، وليسَ كذلك، بدليلِ شَرْعِهِ فيما دُونَ جناية الكفر، كالزِّنا في الإحصان، والبَغْيِ والضلال، والقتلِ العَمْدِ العُدْوان، ولو كان القتلُ مُساوِيًا لجِنايةِ الكُفْرِ لَكان شَرْعُهُ فيما دُونَ ذلِكَ زِيادةً في العُقُوبة، ولو كان مُساوِيًا لما دُونَ ذلك كانتِ العقوبةُ في الكفرِ ناقصةً، ولا يَخْفَى أنّ تَخفيفَ العقوبةِ أوْلَى من الزيادةِ فيها؛ لمُوافَقةِ الدَّلِيلِ النّافي [٨/أ] للْعُقوبة، واللهُ أعلم.



مسائل الزكاة

[٧] ـ مسألة [تلف النصاب بعد تمام الحول]

إذا تَلِفَ النِّصابُ بعد تمامِ الحولِ والتَّمَكُّنِ من الأداءِ لا تَسْقُطُ الزكاةُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنما قُلنا ذلك لأنّ وُجوبَ الزكاةِ واجبٌ أنْ يكونَ مُطْلَقًا، وما سَقَطَ بتَلَفِ النِّصابِ مُمْتَنِعٌ أنْ يكُونَ مُطْلَقًا، ويَلْزَمُ من ذلك أنْ لا تَسْقُطَ الزكاةُ بتَلَفِ النِّصاب.

وبيانُ أنّ واجبَ الزكاةِ واجبٌ أنْ يكونَ مطلقًا أنّ نسبةَ مقصودِهِ إلى جميع الأحوالِ على وَتِيرةٍ واحدة، بمعنى أنّهُ لا يختلِفُ بالأداءِ من أيِّ مالٍ كان، ولَا معنَى لكونِه مُطْلَقًا سِوَى هَذا.

وبيانُ أنّ ما سَقَطَ بتلفِ النِّصابِ يمتنِعُ أن يكونَ مطلقًا هو أنّ المطلقَ لا يَفُوتُ بفَواتِ المعيَّنِ ضرورةَ عَدَمِ انحصارِه فيه، وإذا ثَبَتَتِ المقَدِّمَتانِ لَزِمَ أنْ لا تَسْقُطَ الزَّكاةُ بتَلَفِ النِّصاب، وإلا لَزِمَ منهُ تكذِيبُ إحْدَى المقدِّمتَين المسَلَّمَتَين، وهِيَ إمّا أنْ لا يَكُونَ الواجِبُ مُطْلَقًا، ضَرُورةَ فواتِهِ بفَواتِ المعيَّن، وأن يكُونَ المطْلَقُ بفَوْتِ بفَواتِ المعيَّنِ، وهو مُمْتَنِع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣١١، ٣١٢. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ٢٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١٨٨.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٥٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٧١.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّ واجبَ الزكاةِ مُطْلَقٌ بل مُعَيَّن.

ودليلُهُ النَّصُّ والمعْنَى والحُكْم:

أما النصُّ فقولُه عليهِ السلام: «في كلِّ أربعِينَ شاةً شاةٌ»[١].

وقوله: «في كُلِّ عشرين مِثقالًا من الذَّهَبِ نِصفُ مِثقالٍ»[٢].

و«فيما سَقَتِ السماءُ العُشر، وفيما سُقِيَ بنَضْحٍ أو داليةٍ نِصْفُ العُشرِ»[٣].

وقولُه: «هاتُوا رُبُعَ عُشرِ أمْوالِكُمْ، من كُلِّ أربعِينَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ»[٤].

وقولُهُ عليهِ السَّلامُ لمُعاذ: «خُذِ الذهبَ من الذهب، والفِضّةَ من الفِضّة، والإبِلَ من الإبِل، ومَرّةً البَقَرَ من البَقَرِ»[٥].

فالمذْكُورُ بحَرْفِ «في» يَدُلُّ على الظَّرْفيّة، وبحَرْفِ «من» يَدُلُّ على البَعْضِيّة، وكُلُّ ذلِكَ وَرَدَ بيانًا لقولِهِ تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]؛ لكَوْنِهِ

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم ٦٢١. «سنن أبي داود»، كتاب الزكاة، باب في الزكاة السائمة: ١٥٦٨. «سنن ابن ماجه»، أبواب الزكاة، باب، صدقة الغنم، ١٨٠٥.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب الزكاة، ١٩٦٢، وقال بعده: «يحيى بن أبي أنيسة متروك»، وقال: إن الصواب كون هذا الحديث مرسلًا موقوفًا، أقول: وهو عند أبي يوسف في كتاب الآثار مقطوع عن إبراهيم النخعي، باب الزكاة، ٤٣١.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب الزكاة، باب العُشر فيما يُسقَى من ماء السماء، وبالماء الجاري، ١٤٨٣.

(٤) «سنن ابن ماجه»، أبواب الزكاة، باب زكاة الورق والذهب، ١٧٩٠.

(٥) «سنن أبي داود»، كتاب الزكاة، باب صدقة الزرع، ١٥٩٩. «سنن ابن ماجه»، كتاب الزكاة، باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال، ١٨١٤، وعندهما: «خذ الحَبَّ من الحَب»، ولم أقف على عبارة: «خذ الذهب من الذهب».

مُجْمَلًا، وهذِه الأخبارُ صالحةٌ للْبَيانِ، فوَجَبَ حَمْلُها عليه.

وأمّا المعْنَى فهو أنّ أصْلَ الِاستحقاقِ مُتَّفَقٌ عليه، وتَعَلُّقُهُ بالنِّصابِ ـ لِكَوْنِهِ سَبَبًا لَهُ ـ أفْضَى إلى مقصُودِ الواجب؛ لكَوْنِهِ يَصِيرُ محجورًا عليه في التَّصَرُّف في قَدْرِ الواجبِ على تَقديرِ الِامتناعِ من الأداء، فكان التَّعْيِينُ أوْلَى.

وأمّا الحُكم: فإنّهُ لو باع النِّصابَ وامتنعَ من أداءِ الزكاةِ فإنّ الساعِي [ب/٨] يَتَمَكَّنُ من فسْخِ البيعِ في قَدْرِ الواجِب، وأنّهُ لو مَلَكَ نِصابًا ولَمْ يُؤَدِّ زكاتَهُ حتَّى مَضَى عليهِ سِنُون فإنّ الواجبَ لا يَتعدَّدُ لنُقصانِ النِّصابِ في الحَوْلِ الأوَّل، ولَوْلا أنّ الواجِبَ مُتَعَلِّقٌ بالنِّصابِ لَما كان كذلك، وإذا كان الواجبُ جُزْءًا من النِّصابِ امتنعَ بقاؤُهُ بعدَ فواتِ النِّصاب، وجوازُ الأداءِ من أيِّ مالٍ كان إنّما كان بطريقِ التيسِيرِ والتسهيلِ على الملاك؛ لعَدَمِ اختلافِ غَرَضِ الفقراء في ذلك.

سلَّمنا أنّ الواجبَ مُطلَق، غيرَ أنّ حِكمتَهُ قدِ اختَلَّتْ بفَواتِ النِّصابِ فلا يَبقَى، وبيانُ اختلالِ حِكمةِ الوجوبِ أنّهُ من المناسبِ أن تكونَ الزكاةُ واجبةً تَحْصِينًا للنِّصاب؛ قَطْعًا لأطماعِ الفقراء عنهُ بصَرْفِ طائفةٍ من المالِ إليهِم، ولِذلِكَ قال عليهِ السلام: «حَصِّنُوا أموالَكُم بالزَّكاة»(١).

أوْ لتَقْلِيلِ الطُّغيانِ الحاصِلِ بمُلْكِ النِّصابِ على ما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَيَطْغَىٰٓ * أَن رَّءَاهُ ٱسْتَغْنَىٰٓ﴾ [العلق: ٦-٧].

---

(١) «المعجم الكبير» للطبراني، مسند عبد الله بن مسعود، ١٠١٩٦، قال المناوي: «قال ابن الجوزي: حديث لا يصح، تفرد به موسى بن عمير، قال ابن عدي: وعامة ما يرويه لا يتابَع عليه، وقال الهيثمي: فيه موسى بن عمير الكوفي متروك»، «فيض القدير شرح الجامع الصغير»، ٣٧٢٨.

أو لشُكْرِ النِّعمةِ الحاصِلةِ بمُلكِ النِّصاب؛ طَلَبًا للزِّيادةِ عليها على ما قال تعالى: ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: ٧].

أَوْ لدفْعِ حاجةِ الفقراء، مشروطًا بصَبْرِ المالِك.

وتحصيلُ المالِ بعدَ فواتِه، وتقليلُ الطغيانِ بعدَ فواتِ سببِه، وطلبُ المزيدِ منَ النعمةِ بعدَ فواتِ أصلِ النِّعمة، ودفعُ حاجةِ الفقراءِ مع فواتِ غِنَى المالِكِ مُمْتَنِع.

ثمَّ ما ذكرتُمُوه يلزَمُ عليهِ دَينُ الميِّت، وأرشُ جنايةِ العبد، فإنّ الواجبَ فيهما مُطْلَقٌ بالتفسيرِ الذي ذكرتُمُوه، ومع ذلك فإنّ الدَّينَ يَسقُطُ بفَواتِ التَّرِكة، ويَسْقُطُ أرْشُ الجِنايةِ بمَوتِ العَبْد.

والجوابُ عن مَنْعِ الإطلاق: ما ذكرناه.

وما ذَكَرُوهُ من النُّصوصِ الدّالّةِ بحرفِ (في) فيما يمتنِعُ حملُها على الظرفيّة، لأنّهُ لا بُدَّ من المغايَرةِ بينَ الظَّرْفِ والمظرُوف، والمظْرُوفُ فيما نحنُ فيه إذا كان جُزْءًا من الظرفِ فيكونُ ظرفًا لنفسِه، ولا مُغايَرةَ بينَ الشيءِ ونفسِه، وحملُ ذلك على قَدْرِ ماليّةِ الشّاةِ مُعارَضٌ بحملِه على السببيّة، وهو أوْلَى؛ لكونِه مَجازًا مشهُورًا.

وما ذكرُوه إضمار؛ لما فيه من تعريفِ العلّةِ والحُكم، ولِما فيه من مُوافقةِ العمومِ الدّالِّ على تعلقِ الحقِّ بجميعِ النِّصاب.

[٩/أ] وأمّا النُّصوصُ الدالةُ بحرفِ (من) فيُمْكِنُ حَمْلُها على التَّعْيينِ وبيانِ السَّببيّة، وتقديرُه: حدُّ الذَّهَبِ من أجْلِ الذَّهَب، والفضةِ من أجلِ الفضة، وعلى سياقِه، ويجِبُ الحملُ على ذلك جمعًا بينهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدليل، ولِما فيه من تعريفِ الحُكمِ وسبَبِه.

وما ذكروهُ من المعْنَى فمُعارَضٌ بكَوْنِ الإطلاقِ أفْضَى إلى تَحْصِيلِ مقصُودِ الواجِب، حيثُ يحصُلُ مع وُجودِ النِّصابِ وعَدَمِهِ بخِلاف ما ذكروه.

وما ذكرُوهُ من الحكمِ الأوَّل فمُعارَضٌ بصِحّةِ البيع ابتداءً، وجوازِ تَصَرُّفِهِ فيه مُطْلَقًا، ولو كان مُتَعَلَّقَ حَقِّ الغَيْرِ لَما جازَ ذلِك دُونَ رِضاه.

وأمّا الحكمُ الثانِي فهو مَمْنُوع.

وعن السُّؤالِ الثّانِي: أنّ اختلالَ الحكمةِ إمّا أن يكون قَطْعًا، أوْ ظاهِرًا.

الأول: مُمْتَنِع، وإلا لَوَجَبَ القَطعُ بخَطَأ مَنْ قالَ ببَقاءِ الوُجوب، وهو مُمْتَنِعٌ إجماعًا.

وإنْ كان الثّانِي: فاحتِمالُ الحِكْمةِ ولو كان في غايةِ البُعْد كافٍ في دَوامِ الحُكْمِ إجماعًا.

وما ذكرُوهُ من الإلزامِ بدَيْنِ التركةِ وأرْشِ الجِنايةِ، وإن كان الواجبُ فيهما مُطْلَقًا، فلا نُسَلِّمُ فواتَ الواجبِ بفَواتِ مالِ التَّرِكةِ، وَمَوْتِ العبدِ الجانِي، بلِ الدَّينُ باق، وهو مُتعلِّقٌ بذِمّةِ الميِّتِ المدْيُون، وأرْشُ الجِنايةِ متعلِّقٌ بذِمّةِ العبدِ على رَأْيٍ لَنا، ولذلك يُتَّبَعُ به بعدَ العتق، والفائتُ إنّما هو الخِطابُ بالأداء؛ لفَواتِ شَرْطِه، وهو القُدْرةُ على الأداءِ والفهمِ للخطاب.

وأمّا الوارِثُ والسيِّدُ فلا يجبُ عليهِ سِوى التَّمكِينِ من الاستيفاء، مَشرُوطًا بوُجودِ التَّرِكةِ والعبدِ الجانِي، ومع فواتِ ذلك فلا وُجوبَ عليهِ أصلًا إلا أن يكون مُفَرِّطًا، حتى إنّهُ لو كان مُفَرِّطًا في الأداءِ مع إمكانِه وفاتتِ التركة والعبدُ الجاني فإنّا نُوجِبُ عليهِ الأداءَ؛ ضمانًا لحَيْلُولَتِهِ بينَ المستَحِقِّ وحقِّه، والله أعلم.

[٨] ـ مسألة [المستفاد من جنس النصاب بسبب مستقل]

المستفادُ من جِنْسِ النِّصابِ بسَبَبٍ مُستَقِلٍّ لا تَجِبُ فيه الزَّكاةُ عندنا[١] قبلَ تمامِ الحَوْلِ عليهِ في مِلكِ المالكِ، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلك لأنّ القولَ بوُجوبِ الزكاةِ يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه، فإنْ قِيل: ما ذكرتُمُوهُ منَ الحُكْمِ نحن قائلُون به، فإنّا تارةً نقولُ بأنّ الواجبَ عندنا [ب/٩] ليس بزكاة، بل هو مالٌ مُقَدَّرٌ بقَدْرِ واجِبِ الزكاة، فيَصِيرُ زَكاةً في آخرِ الحَوْل، وتارةً نَقُول: إنّهُ ليس بواجِب، بل هو مالٌ يَمتنِعُ وجوبُ الزكاةِ في آخِرِ الحَوْلِ بأدائِه في أوَّلِ الحَوْل.

وإن سلَّمنا أنّ ما ذكرتُمُوه هو غيرُ محلِّ النزاع، ولكن لا نُسَلِّمُ انتفاءَ الدليلِ على وُجوبِه، والدليلُ على وجُوبه النصُّ والمعنى؛ أمّا النصُّ فقولُه عليه السَّلام: «اعلَمُوا من السَّنةِ شهرًا تُؤدُّونَ فيه زكاةَ أموالِكُم»[٣].

فما استُفيدَ بعدَهُ من مالٍ فلا زكاةَ فيه حتى يجيءَ رأسُ الشهر، ذَكَرَ الشهرَ الأوَّلَ مُنَكَّرًا، والثانيَ مُعَرَّفًا، فكان عائدًا إلى الأوَّل.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣١٤. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ٣١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١٩٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٠٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٥٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٤.

(٣) «سنن الترمذي»، (بمعناه)، أبواب الزكاة، باب ما جاء لا زكاة على المال المستفاد حتى يحول عليه الحول، ٦٣١، ٦٣٢.

وأمّا المعْنَى فمن ثلاثةِ أوْجُه:

الأوَّل: هو أنّ كَوْنَهُ مُسْتَفادًا من جِنسِ النِّصابِ يُناسِبُ أنْ يكونَ تابعًا لما عندَهُ في الحَوْل؛ من أنّهُ يَصِحُّ أيضًا فيه بكونِه زيادةً عليه، والزِّيادةُ تابعةٌ للمزيدِ عليه؛ لعدَمِ حُصولِها دُونَه، وأنّه يَكثُرُ بِهِ المال، والكثْرةُ صِفةٌ للمال، ولا وُجُودَ للصفةِ دون الموصوف، وأنه يُعَدُّ مع الأصلِ في نَظَرِ أهلِ العُرفِ مالًا واحِدًا بحَيثُ يتعذَّرُ التمييزُ بينهُما، بخلافِ المستفادِ من غيرِ الجنس، وكلُّ ذلك يُناسِبُ التَّبَعِيّةَ في الحولِ ترتِيبًا للحُكْمِ على وَفْقِ الحقيقة.

والشّاهِدُ لهُ بالاعتبارِ النِّتاجُ والأرباح، ولا يَلزمُنا على هذا أثمانُ الإبلِ المزكّاة؛ حيث إنها لا تُضَمُّ إلى ما عندَهُ من جِنسِها؛ حيث إنها قائمةٌ مقامَ أصلِها، وقد أدَّى زكاتَه، ففي ضمِّها إلى ما عندَه ما يُوجِبُ التثنيةَ في الصَّدَقة، وهو على خلافِ قولِهِ عليهِ السلام: «لا ثِناءَ[1] في الصَّدَقةِ»[2].

الوجهُ الثاني: هو أنّ الاتحادَ في الجنسيّةِ مُوجِبٌ لضَمِّ المستفادِ إلى ما عندَه في العدد، حتى إنه لو كان مالِكًا لأربعين درهمًا لا تَجِبُ فيها الزكاة، ولو كانت مستويةً ثمانين درهمًا وجبتْ فيها الزكاة، وإذا كان المستفادُ يُضَمُّ إلى

---

(١) قال الخطابي: «لا ثِنَى في الصدقة»، مقصورةٌ مكسورة الثاء، أي: لا تؤخذ في السنة مرتَين، قاله الأصمعي، ومَن رواهُ: «لا ثِناءَ في الصدقةِ» ممدودًا، يذهبُ إلى أن من تَصَدَّقَ على فقيرٍ طلبَ المدحِ والثناءِ فقد بطل أجرُه، فقد أبعدَ الوهم. «غريب الحديث» للخطابي، ٣: ٢٤٤. وقال ابنُ سيدَه: «والثِّناءُ مَمدود في الصَّدَقة: أن تُؤخَذ في عامٍ مرَّتَين، ومِنهُ الحَديث: «لا ثِناءَ في الصَّدقة»، وقيل: هيَ أن تُؤخَذ ناقتان مَوضِع ناقة». «المخصَّص» لابن سيده، ٤: ٤٤٥.

(٢) في «كنز العمال»: «لا ثِنَى في الصدقة»، ١٥٩٠٢. وقال المتقي الهندي: «رواه الدَّيلَميُّ عن أنس».

ما عندَه في النِّصابِ مع أنهُ الأصلُ في بابِ الزكاة فضمُّه إليه في الحولِ مع أنهُ تابعٌ أَوْلَى.

الثالث: هو أنّهُ من المناسِبِ ضَمُّ المستفادِ إلى ما عندَه، دَفْعًا لما يَنالُه من مَشَقّةِ حِفْظِ أَوَّلِ كُلِّ حَوْلٍ لما يَتَجَدَّدُ من الأَمْوالِ [أ/ ١٠] المستفادةِ المتعاقِبة، والشاهِدُ لهُ بالاعتبارِ النِّتاجُ والأرباح.

والجَوابُ عن الأول: أنّ المسألةَ مشهورةٌ بما ذكرناهُ من الحُكْمِ، فكان هُو المختلَفَ فيه، وبتقديرِ صحّةِ ما ذكرُوه مَذْهَبًا لهُم، فيُفْرَضُ الكلامُ ابتداءً.

ونقُول: لا يجِبُ عليه قبلَ تمامِ الحول في مِلكِ المالِك إلا[١] ما هو مقدَّرٌ بواجبِ الزكاة، ولا يكونُ أداؤُه مانِعًا من وُجوبِ الزكاةِ في آخِرِ الحَوْل، والتَّمَسُّكُ باستِصحابِ عَدَمِ الدليلِ عليهِما فعلى ما ذكرناه.

وعن النصّ: أنّهُ تَمسُّكٌ بالمفهُومِ، وليسَ مَذْهَبًا لأبِي حنيفة[٢]، ولا عندنا على المختار[٣]، وإن كان حُجّةً لكِنَّهُ مُعارَضٌ بقولِهِ عليهِ السَّلام: «لا زكاةَ في مالٍ حَتَّى يَحُولَ عليهِ الحَوْلُ»[٤].

---

(١) ما في المخطوط هو: «إذا ما هو مقدر»، ولعل الصواب ما أوردناه.

(٢) قال الجصاص الرازي الحنفي: «ومذهبُنا في ذلك أن المخصوص بالذكر حكمه مقصور عليه، ولا دلالة فيه على أنّ حُكمَ ما عداهُ بخلافه، سواءٌ كان ذا وصفين فخُصَّ أحدُهما بالذكر، أو كان ذا أوصافٍ كثيرة فخُصَّ بعضُها بالذكر ثم عُلِّقَ به حكم»، «الفصول في الأصول»، ١: ١٥٤.

(٣) على المختار عند ابن سريج وأبي بكر الشاشي، ينظر «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، ٣: ٧٢. وزاد السمعاني: «أبا حامد المروذي»، ينظر «القواطع في أصول الفقه» للسمعاني، ١: ٣٦٦.

(٤) في «سنن الترمذي» بمعناه، أبواب الزكاة، باب ما جاء لا زكاة في المال المستفاد حتى =

وهو وإنْ كان ظاهِرًا في حَوَلانِ الحَوْلِ على المالِ في نفسِه، إلا أنّهُ يَجِبُ حَمْلُه على حَوَلانِ الحَوْلِ عليهِ في مِلكِ المالِك، ضَرُورةَ العَمَلِ بهِ في حَوَلانِ الحَوْلِ عليه في نفسِه، لاستِحالةِ حَوَلانِ الحَوْلِ عليهِ في مِلْكِ المالِكِ دُونَ حَوَلانِ الحَوْلِ عليهِ في نفسِه، بخلافِ العكس.

ولأنه مُوافِقٌ لمفهُومِ اللفظِ في وجوبِ الزكاةِ بعد حَوَلانِ الحَوْلِ على المالِكِ في أصْلِ النِّصابِ والمستفادِ من غيرِ الجنس، بخِلافِ حَمْلِه على حَوَلانِ الحَوْلِ عليهِ في نفْسِه، حيثُ لا تَجِبُ الزكاةُ فيه بعدَهُ إذا لم يَكُنْ مَمْلُوكًا، والمرادُ من نَفْيِ الزكاةِ إنّما هو المسَمَّى الشَّرعِيُّ؛ لأنّ الأصلَ إنّما هو حَمْلُ كلامِ الشارِعِ على مصلحةٍ لا على غيرِه.

ومع تعارُضِ النَّصَّينِ فلا حُجّةَ فيما ذكرُوه.

كيفَ وأنّ الترجيحَ لما ذكرناه لكَونِه مَنطوقًا، وما ذَكرُوهُ مَفهُوم، ومُعارَضٌ أيضًا بقولِه عليهِ السَّلام: «مَنِ استفادَ مالًا فلا زَكاةَ فيه حتَّى يَحُولَ عَليهِ الحَوْلُ»[1]؟

وعن المعارَضةِ الأُولَى بالمعْنَى أنّ ما ذكرُوهُ من مُناسبةِ التَّبَعِيّةِ مُعارَضٌ في الأصلِ بالتَّبَعِيّةِ في أصلِ الوُجود والحُدوثِ، فإنّهُ مُناسِبٌ للتَّبَعِيّةِ في الحَوْل، وهو غيرُ مُحقَّقٍ في الفرع.

وعن المعارَضةِ الثانية: يُمنعُ الضَّمُّ في العددِ على رأيٍ لَنا.

= يحول عليه الحول، ٦٣١، ٦٣٢.

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الزكاة، باب ما جاء لا زكاة في المال المستفاد حتى يحول عليه الحول، ٦٣٣.

وعن الثالثة: أنّ الخروجَ إنما يَلزَمُ المكَلَّفَ أنْ لَوْ وَصَفْنا عليهِ حِفْظَ المواقيتِ، وليس كذلك، بل هو عِندَنا مُخَيَّرٌ؛ إن شاء حَفِظَ المواقيت، وإن [ب/١٠] شاءَ عيَّن شهرًا يُؤدِّي فيه زكاةَ الكُلّ.

والظاهرُ أنه لا يَختارُ سِوى الأسْهَلِ الأخَفّ، وإن كان ذلك مُناسِبًا إلا أنه مُعارَضٌ في الأصل بالتبعيةِ في أصلِ الحدوثِ والوجودِ كما سَبَق، ولا وُجودَ لذلِكَ في الفَرْع، واللهُ أعلم.



[٩] ـ مسألة [زكاة مال الصبيّ]

إذا مَلَكَ الصَّبيُّ نِصابًا زَكاتِيًّا وتَمَّ عليه الحَوْل وجَبَ أداءُ الزكاةِ عنهُ عندنا[١] خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّهُ لا يَخْلُو إمّا أن تكونَ عِلّةُ وجوبِ الأداءِ في الأصلِ ـ وهو البالغُ ـ موجودةً في الفَرْع، أو غيرَ موجودةٍ فيه، فإن لم تكُن موجودةً فيه لزِم أن تكون العِلّةُ قاصرةً، وهي باطلةٌ بالإجماعِ من الفريقَين، وإن كانت موجودةً فيه لزِم منه وجوبُ الأداء.

فإن قيل: وإن سلَّمنا [أنّ] عِلّةَ حُكْمِ الأصلِ لا وجودَ لها في الفرع، ولكنْ لا يَلزمُ أن تكون قاصِرةً؛ لجوازِ أن تكون مُتَعَدِّيةً إلى فرْضٍ آخرَ وإن كانت قاصِرةً، ولكن لا نُسلِّمُ بُطلانَ القاصِرةِ على الإطلاق، فإنها لو كانتْ مَنْصُوصةً، أو مُجْمَعًا عليها؛ فإنها تكونُ صحيحةً بالإجماع، وإنما نُوافِقُ على إبطالِها إذا كانت مُستنبَطةً، ولم تُبيِّنُوا ذلك.

سلَّمْنا أنّها مَوجُودةٌ في الفرْعِ، إلا أنّهُ قَدْ وُجِدَ المانعُ من العَمَلِ بها فيه، وبيانُهُ من وُجوه:

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣١٩. كتاب «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ٥٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ١٩٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٠٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٦٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٨.

الأوَّل: أنّ الصَّبيَّ مَظِنّةُ الشَّفَقةِ والرحمة، وفي إخراج طائفةٍ من ماله إضرارٌ به، وهو منفيٌّ بقولِه عليه السَّلام: «لا ضَرَرَ وَلا إضْرارَ في الإسْلام»(١).

الثّانِي: هو أنّ الزكاةَ مأمورٌ بها؛ لقولِه تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، والأمرُ من خِطابِ التكليف، والتكليفُ مَشْروعٌ للإبتِلاءِ والإمتحان، تَمْييزًا للمُطِيع من العاصِي، وشرطُ ذلك الفهمُ ومعرِفةُ الخطاب، والصَّبِيُّ يُنافي ذلِك.

الثالث: هو أنّ الزكاةَ إنما شُرِعَت طُهْرةً للأنامِ على ما قالَ تَعالَى: ﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]، وذلك يَسْتَدْعِي الإثم، والصَّبِيُّ يُنافيه.

الرابع: هو أنّهُ من المناسِبِ أن تكونَ الزكاةُ واجِبةً شُكرًا لنِعْمةِ المال، طَلَبًا للمزيدِ من النِّعمة، على ما قال [تعالى]: ﴿لَئِن شَكَرۡتُمۡ لَأَزِيدَنَّكُمۡ﴾ [إبراهيم: ٧]، والشُّكْرُ [١١/أ] يَسْتَدْعِي معرِفةَ المشكُور، والصَّبِيُّ يُنافيه.

والجوابُ عن السؤالِ الأوَّل: بأنّ الأصلَ عَدَمُ تَعْدِيَتِها إلى فرْعٍ آخر.

وعن الثّانِي: أنّ الحُكْمَ في الأصلِ لا بُدَّ وأن يكونَ مُعَلَّلًا؛ إذِ الأصلُ إنّما هو التَّعلِيلُ دُونَ التَّعبُّد، والأصلُ عَدَمُ النَّصِّ والإجماعِ عليها، فلم يَبْقَ إلا أن تكونَ مُستَنْبَطةً.

وعن المعارَضةِ الأُولَى: بأنّ إخراجَ الزَّكاةِ من مالِه إنّما يكونُ إضرارًا بِهِ أنْ لَوْ لَمْ يَكُنْ ذلك مُوجِبًا لتَحْصِينِ مالِه، وليسَ كذلك بدَلِيلِ قولِه عليهِ السَّلام: «حَصِّنُوا أمْوالَكُمْ بالزَّكاة»(٢).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

وعن الثانية: أنّ الصَّبِيَّ إنّما يُنافي الأمرَ للتَّوَجُّهِ نَحْوَه، أمّا نَحْوَ وَلِيِّهِ فلا.

وعن الثّالِثةِ والرّابِعة: أنّ حاصِلَهُما يَرْجِعُ إلى تعليلِ حُكْمِ الأصلِ بما لا وُجودَ لهُ في الفَرْع، وهو خِلافُ ما فُرِضَ الكلامُ فيه من تَعْدِيةِ العِلّةِ ورُجوعِه إلى التعليلِ بالقُصُور.



[١٠] ـ مسألة [إخراج القيمة في الزكاة]

إذا مَلَكَ أربعينَ شاةً زَكاتِيّةً وَجَبَتْ عليهِ زَكاتُها فأدَّى قِيمةَ شاةٍ لا يُجْزِئُهُ عن الواجبِ عندنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

إنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالإجزاءِ يَلزمُهُ أمْرٌ مُمْتَنِعٌ فيَمْتَنِع، وبيانُ الملازمةِ أنهُ لو أجزأتِ القيمةُ إمّا أن يكونَ المقصودُ الحاصلُ منها في نَظَرِ الشارع مُساوِيًا للمقصودِ الحاصلِ من أداءِ الشاةِ أو زائدًا أو أنقَص، لا جائزٌ أنَ يقالَ بالتَّساوِي؛ إذْ هو خِلافُ الإجماع.

أمّا عندهُم فلِأنّ الأوْلَى إخراجُ الشاة، وأمّا عندنا فلِأنّها واجبةٌ عَيْنًا، ولا جائزٌ بأن يُقالَ بكَوْنِه أزْيَد، وإلا كان الأوْلَى إخراجُ القِيمةِ، وهو خلافُ الإجماع، وإن كان أنقَصَ وَجَبَ أن لا يُجْزِئَ إخراجُها؛ حَذَرًا من فواتِ المقْصُودِ الراجحِ في نَظَرِ الشارع، وهو خِلافُ الغَرَض، وهذِه المحالاتُ إنما لَزِمَتْ من القولِ بإجزاءِ القِيمةِ فلا يُجْزِئ.

فإن قيل: ما المانعُ أنْ يَسْتَوِيا في مقصودِ الوُجوب، واختصاصُ الشّاةِ بما يُوجِبُ الأوْلَوِيّةَ لا مَدْخَلَ لهُ في الوُجوب، ومع ذلِكَ فلا يَمْتَنِعُ الإجزاءُ بأداءِ القِيمة؛ لكونِه مُحَصِّلًا لمقصُودِ الوجوب.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٢١. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ٧٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٠٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢١٠. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٦٠. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٥.

سلَّمنا عدمَ التَّساوِي، ولكنْ ما المانِعُ من سُقُوطِ الواجِبِ بما تَأدَّى من المقصُودِ بأداءِ القِيمة؟ وإنْ كان غيرَ وافٍ بمَقصُودِ الواجب، وذلِكَ لأنّ بأداءِ القيمةِ قَدْ حَصَلَ بعضُ مَقصُودِ الواجِب، وذلِكَ لأنّ مقصُودَ الواجبِ إنّما هو انتِفاعُ الفقراءِ بالعَيْنِ الواجبة، والتَّوسُّلُ بها إلى الغَيْر.

والقيمةُ وإنْ لم تكُنْ مُحَصِّلةً لمقصُودِ الانتفاعِ بعَيْنِ الشّاة فهِيَ مُحَصِّلةٌ لغَرَضِ التَّوَسُّل، وعندَ ذلِكَ فكَما يَجِبُ الخُروجُ عن العُهْدةِ بأداءِ الواجب، يَجِبُ الخروجُ عن العُهْدةِ بأداءِ ما هو مُحَصِّلٌ لبَعضِ مَقصُودِ الواجِب؛ لأنّهُ لَوْ بَقِيَ الواجبُ لَبَقِي؛ لبَقاءِ مقصودِه، وبعضُ المقصودِ من الواجبِ ليسَ هو المقصُود.

ثُمَّ ما ذكرتُمُوهُ يَلْزَمُ عليهِ ما إذا أَخْرَجَ بَعِيرًا عنْ خَمْسٍ من الإبِل، فإنّهُ يُجْزِئُهُ وإنْ لَمْ يَكُنْ مُخْرِجًا للشّاةِ الواجبةِ المنصُوصة، ولِذَلِكَ يَجُوزُ إخراجُ ابنِ لَبُونٍ عن بنتِ مَخاضٍ مع القُدْرةِ عليها، وإن كان مقصودُه مَرْجُوحًا بالنسبةِ إلى بنتِ مخاض؛ لكَونِه بَدَلًا عنها.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على عَدَمِ الإجزاء، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على الإجزاء، وبيانُه أنّ الزكاةَ حقُّ اللهِ تعالى، ولِهذا فإنّها لا تَسْقُطُ بإسقاطِ غيرِه.

والأصلُ أنّها لو كانَتْ حقًّا لغيرِه لَسَقَطَتْ بإسْقاطِه، وقَدْ أُمِرَ بصَرْفِها إلى الفقراء، قَضاءً للرِّزْقِ الموْعُودِ لَهُمْ بقولِهِ تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦]، وهو دَلِيلُ الإذْنِ منهُ في الإبْدال.

وصارَ هذا كَما لوْ كان لإنسانٍ على آخَرَ عَرْضٌ من العُرُوض، وعليهِ هو دَراهِم، فإنّهُ إذا أذِنَ لمَدْيُونه في قضاءِ دَينِهِ عنهُ عَمّا لَهُ عليه فإنّهُ يكونُ إذْنًا لَهُ في إبدالِ ما لَهُ عليهِ من العُرُوضِ بالدراهِم، ضرُورةَ امتناعِ أداءِ الدراهِمِ من غيرِ العُروض.

والجوابُ عن السؤالِ الأوَّلِ ـ وهو أشْكَلُ الأسولةِ ـ: أنّهُ إذا ثبَتَ اختِصاصُ الشاةِ بمقصُودٍ مطلوبٍ للشّارِع فالأصلُ أنْ لا يكونَ المقصودُ المشتركُ بينَ الشاةِ والقيمةِ هو كلَّ [أ/ ١٢] مقصودِ الواجب؛ حَذَرًا من فواتِ المقصودِ المختصِّ بالشّاةِ بتقديرِ إجزاءِ القِيمة.

وعن الثّانِي: أنّه إذا أبقى بعضَ مقصودِ الواجب كان ذلِكَ كافيًا في دوامِ الحُكم، وإنْ لَمْ يكُنْ كافيًا في ابتدائِه، دليلُه سائرُ التصرُّفاتِ الشرعيةِ بالنظرِ إلى مقاصِدِها.

وعن الإلزام الأوَّل: أنّ الأصلَ في واجبِ الإبِلِ إنّما هو الإبل؛ لقولِه عليه السلامُ لمُعاذ: «خُذِ الإبِلَ من الإبِلِ»(١).

ولِما فيه من مُشارَكةِ الفقراءِ للأغنياءِ في جِنْسِ أموالِهِم، غَيْرَ أنّ الشارعَ رَخَّصَ في الإبدالِ بالشّاة؛ دَفْعًا لضَرَرِ الزِّيادةِ على المالكِ بأداءِ بَعِير، وعن الفقراءِ بالتَّشْقِيصِ بأداءِ بعضِ بَعِير.

فإذا رَضِيَ المالِكُ بالزيادةِ فقد عادَ إلى الأصل، وصارَ هذا كما لو لَمْ يَجِدِ الماءَ إلا بزِيادةٍ على ثَمَنِ المِثْل، فإنّهُ يَتَرَخَّصُ بالتَّيَمُّمِ دَفْعًا لضَرَرِ الزِّيادة، وإذا رَضِيَ ببَذْلِ الزيادةِ كان لَهُ ذلِكَ؛ لكَوْنِه مُوافِقًا للأصْل.

وعن الإلزامِ الثّانِي: أنّهُ إنما يَجُوزُ عندنا أداءُ ابنِ لَبُونٍ إذا كان موجودًا عنده دُونَ بنتِ مَخاضٍ؛ لأنّ الشارعَ جَعَلَ بنتَ مَخاضٍ ـ كالمعجُوزِ عنها ـ رُخصةً؛ دَفْعًا لكُلْفةِ الشِّراءِ والتحصيلِ عن المكَلَّف، ولا كذلك فيما نحنُ فيه؛ لكَوْنِ الشاةِ موجودةً عندَه.

---

(١) تقدم تخريجه.

وعن سُؤالِ المعارَضة: لا نُسَلِّمُ أنّ الزكاةَ حَقُّ اللهِ تعالى، بل حَقُّ الفقراءِ على ما قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ [التوبة: ٦٠].

وعلى هذا نَقُول: لَوْ تَعَيَّنَ بعضُ الفقراءِ لأَخْذِ الزكاةِ فإنها تَسْقُطُ بإسْقاطِه، وإنْ كانَتْ حَقًّا للهِ فلا نُسَلِّمُ الإذْنَ في الإبدالِ والرِّزْقِ الموْعُودِ للفقراء، وإن كان مُطلَقًا فالشّاةُ داخِلةٌ تَحْتَ مُطلَقِ الرِّزْق.

ولِهذا فإنه لو أَدَّى الشاةَ إليهِمْ وَقَعَتْ الموْقِع، ولا يَكُونُ ذلِك بطريقِ الإبدال، كما لو كان عليهِ مُطلَقُ درهمٍ فأَدَّى درهمًا مُعيَّنًا، بخلافِ الأموالِ المبْيُوعة.

كيف [وَ]أنّ ما ذكرُوهُ من المسألةِ المسْتَشْهَدِ بها ممنوعةٌ على أصلِنا؟



[١١] ـ مسألة [هل يمنع الدّين من الزكاة؟]

إذا مَلَكَ نِصابًا زَكاتِيًّا وحالَ عليهِ الحَوْل، وكان ما عليهِ من الدَّيْنِ مُساوِيًا لحالِه أوْ أزْيَد، يَجِبُ عليهِ أداءُ الزكاةِ على القولِ المنصُورِ من الخِلافِ عندنا[١]، [ب/١٢] / والقولُ الثانِي[٢] ـ وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ـ: لا يَجِبُ[٣].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّهُ إمّا أن تكونَ عِلّةُ الوجوبِ في الأصلِ ـ وهو حالةُ عَدَمِ الدَّيْنِ ـ مَوْجُودةً في مَحَلِّ النِّزاع، أوْ لا تكونَ مَوْجُودةً، فإنْ لَمْ تكُنْ مَوْجُودةً لَزِمَ بُطْلانُ العِلّةِ بالإجماع؛ لقُصُورِها، وإن كانتْ مَوْجُودةً فيه لَزِمَ الحُكْم.

فإنْ قِيل: أمّا القُصُورُ فقَدْ سَبَقَ الكلامُ عليهِ في زكاةِ الصَّبِيّ.

وبِتقديرِ وُجودِ عِلّةِ الأصلِ في الفرعِ إنما يَلْزَمُ الحكمُ أنْ لوْ لَمْ يُوجَدِ المعارِضُ له، وأمّا إذا وُجِدَ فلا، وبيانُ وجودِ المعارِضِ من جِهةِ النصِّ والمعنى؛ أمّا النصُّ فقولُه عليه السلام: «لا صَدَقةَ إلا عَنْ ظَهْرِ غِنًى»[٤]، والمدْيُونُ غيرُ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٣٥. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ٦٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٠٠.

(٢) كتاب «الأمّ»، للشافعي، ٢: ٥٣، ١٩٩٠. وقال الجويني: «اختلف قولُ الشافعي في أنّ الدَّينَ هل يمنع تعلّق الزكاة بالعين؟ فقال في أحد القولين: إنه يمنع وجوب الزكاة، وهو مذهب أبي حنيفة...»، «نهاية المطلب في دراية المذهب» للجويني، ٣: ٣٢٥.

(٣) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢١٧. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٥٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٢.

(٤) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة، ٧١٥٥، وقريبٌ من لفظه =

غَنِيّ، بدَلِيلِ أنّهُ يَحِلُّ لهُ أخْذُ الصَّدَقة.

وقد قال عليهِ السَّلام: «لا تَحِلُّ الصدقةُ لغَنِيّ، ولا لذِي مِرّةٍ[1] سَوِيٍّ»[2].

وأمّا المعْنَى فمن وَجْهَين:

الأوّل: أنّ الدَّيْنَ مانِع، وبيانه أنّه إذا كان مَدْيُونًا فحاجَتُهُ داعِيةٌ إلى قضاءِ دَيْنِه؛ دَفْعًا لضَرَرِ المطالَبَةِ والحَبْسِ في الدُّنيا، وشَغْلِ ذِمَّتِهِ في الأُخْرَى، وقد تَعَيَّنَ ما في يدِه لدَفْعِ هذِه الحاجةِ والضرُورة، ولِهذا نُمَكِّنُ المدايِنَ من أخْذِهِ منهُ قَهْرًا، ويُحْجَرُ عليهِ في التصَرُّفِ فيه شَرْعًا، فمن المناسِبِ أن لا تَجِبَ في مالِه الزكاة، دَفْعًا لهذِه الحاجةِ الأصلِيّة، كما في ثيابِ البِذْلةِ وعَبيدِ الخِدْمة.

وإذا تعارَضَ المانِعُ والمقتَضِي كان العملُ بالمانِعِ أوْلَى؛ لما فيه من ترجيحِ جانبِ المالِكِ على جانبِ الفقراءِ فإنهُ يَرْجُحُه؛ لقولِهِ عليهِ السَّلام: «ابْدَأْ بنَفْسِك، ثُمَّ بمَنْ تَعُول»[3].

= ما في «سنن الدارمي»: «إنما الصدقةُ عن ظهرِ غِنًى»، «سنن الدارمي»، من كتاب الزكاة، باب النهي عن الصدقة بجميع ما عند الرجل، ١٧٠٠، وبوّب البخاري: لا صدقة إلا عن ظهر غنى، لكِنَّ لفظَهُ: «خيرُ الصدقةِ ما كان عن ظهرِ غِنًى»، كتاب الزكاة، ١٤٢٦، وعلّق البخاريُّ حديثَنا هذا فيما بعدُ بِكتابِ الوصايا في بابِ تأويلِ قولِ اللهِ تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

(١) المِرّةُ بكسر الميم: القوّةُ والشِّدّة، والسَّويُّ الصَّحيحُ الأعضاءِ. «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير، ٤: ٣١٦.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب الزكاة، باب من لا تحل له الصدقة، ٦٥٢، عن عبد الله بن عمرو، وقال الترمذي بعده: «وحديثُ عبد الله بن عَمرو حديثٌ حسن». «سنن أبي داود»، كتاب الزكاة، باب من يُعطَى من الصدقة وحدُّ الغنى، ١٦٣٤. «سنن ابن ماجه»، كتاب الزكاة، باب من سأل عن ظهرِ غنى، ١٨٣٩.

(٣) نحوه في «صحيح مسلم»، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، ٩٩٧.

وبقولِه [ﷺ]: «كُلُّ أحَدٍ فهو أحَقُّ بكَسْبِهِ من والِدِهِ وَوَلَدِهِ والناسِ أجْمَعِينَ»[١].

ولِأنّ حاجتَهُ مُقَدَّمةٌ على حاجةِ الفقراءِ في ثيابِ البِذْلةِ وعبيدِ الخدمةِ وزَكاةِ الفِطر.

الثانِي من المعنى: أنّ القَوْلَ بوُجوبِ الزكاةِ يُفْضِي إلى تَعَدُّدِ الواجبِ مع اتِّحادِ الموجب، وإلى التَّثْنِيةِ في الصدَقة، وهو مُمْتَنِع.

بيانُ الأوَّل: أنّ يَسارَ المدْيُونِ بما في يَدِهِ مُعْتَبَرٌ في إيجابِ الزكاةِ على الدّائن، وإذا كان ما في يَدِهِ مُعتَبَرًا في إيجابِ الزكاةِ عليه لَزِمَ التعَدُّدُ مع اتِّحادِ الموجِب.

[١٣/أ] / **وبيانُ الثانِي**: أنّهُ لوِ اشترَى عبدَ التِّجارةِ بألف، وباعَهُ من آخَرَ بألف، والثانِي من ثالِث، والثالِثُ من رابِع، فكلُّ واحِدٍ لهُ ألف، وعليهِ ألف، فإذا حالَ الحَوْلُ على كلِّ واحد، وقُلنا: إنّ الزكاةَ تجِبُ على المدْيُون، فيُفْضِي إلى تَعَدُّدِ الزكاةِ مع اتِّحادِ الألْف، وهو خِلافُ قولِه عليهِ السلام: «لا ثِنَى في الصَّدَقة»[٢].

وبيانُ لُزُومِ ذلِك: هو أنّ المشترِيَ الرابعَ لوْ باعَ من البائعِ الأولِ بمثلِ ما اشترَى فطالبَه بالثمن، فأحالَهُ على منِ اشترَى منه، وكلُّ واحدٍ على منِ اشترَى منه، حتى انتهى ذلك إلى الأوَّل، فإنّ البائعَ الأوَّلَ يَصِيرُ مُستحِقًّا على المشترِي الرابعِ ألْفًا؛ بحُكْمِ الحَوالةِ عليه، والرابعُ يَصِيرُ مُستَحِقًّا على البائعِ الأوَّلِ ألْفًا؛

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، ٤٥٦٨. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب النفقات، جماع أبواب النفقة على الأقارب، باب نفقة الأبوين، ١٥٧٥٣. قال المناوي: «أشار المصنف [يعني السيوطي] لصحته، وهو ذهول أو قصور، فقد استدرك عليه الذهبي في المهذب فقال: قلت [الذهبي]: لم يصح مع انقطاعه». «فيض القدير» للمناوي، ٥: ٩.

(٢) تقدم تخريجه.

بجِهةِ البَيْعِ مِنه، فالدَّيْنانِ يَتقاصّانِ وَيَتساقَطان، ولا يَبْقَى غَيرُ العبدِ الذِي يُساوِي أَلْفًا.

والجوابُ عن الاعتراضِ على القُصور: ما سَبَقَ أيضًا في زكاةِ الصبيّ.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ: بمَنْعِ عَدَمِ الغِنَى في حقِّه، وحِلِّ الصَّدَقةِ لَه، لا نُسَلِّمُ دَلالتَهُ على عَدَمِ الغِنَى في حَقِّه، وقولُه عليهِ السلام: «لا تَحِلُّ الصَّدَقةُ لغَنِيّ..»[1] يَدُلُّ على كَوْنِه غنِيًّا؛ نَظَرًا إلى آخِرِ الخَبَر، وهو قولُه: «إلا خَمْسةً»، وعَدَّ الغارِمَ من الجُملة.

والأصلُ عَوْدُ الاِستِثناءِ إلى الكُلّ، ثُمَّ إنهُ مُعارَضٌ بأَنَّهُ يجِبُ عليهِ صدقةُ العُشر، ولو لم يَكُنْ غنِيًّا لَما وجَبَتْ عليه؛ لقولِهِ عليهِ السَّلام: «لا صَدَقةَ إلا عَن ظَهْرِ غِنًى»[2].

وعن المعارضةِ الأُولَى من المعْنَى: بمَنْعِ الشاهِدِ باعتبارِ ما ذكرُوهُ من المناسبةِ وثيابِ البِذْلةِ وعَبِيدِ الخدمة، فإنّما لَمْ تَجِبْ فيها الزَّكاةُ لعَدَمِ المقتضِي، وهو الأصلُ؛ نَفْيًا للتَّعارُضِ بينَ الأدلّة، وأيُّ معنًى أُبْدِيَتْ مناسبتُه للِاقتضاءِ فيها فهو معارَضٌ في أصلِ الشاهِدِ له بالاعتبار، بوَصْفِ النُّمِّيّ، وإن وُجِدَ المقتضِي فيها إلا أنّ الحاجةَ المتعلِّقةَ بها آكَدُ من حاجةِ قضاءِ الدَّيْن، ولِهذا لا يُؤْمَرُ بقضاءِ الدَّيْنِ منها بخلافِ مَحَلِّ النِّزاع.

وأمّا زكاةُ الفِطْرِ فإنّما لم تَجِبْ؛ لعَدَمِ المقتضي أيضًا، وإن وُجِدَ المقتضي فلا يَلْزَمُ من كَوْنِ الدَّيْنِ مانِعًا منها أن يَكُونَ مانِعًا من وُجوبِ الزكاة، مع أنّ

---

(١) «الموطأ»، كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها، **٢٩**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الزكاة، باب من تحل له الصدقة، ١٨٤١.

(٢) تقدم تخريجه.

[ب/١٣] المقصودَ الحاصلَ من الزكاةِ للفقراءِ أتَمُّ من المقصودِ الحاصلِ من زكاةِ الفِطْر؛ لما بَينهُما من التفاوُتِ في الكَمِّيّة.

وعن المعارَضةِ الثّانية: أنّها مَبْنِيّةٌ على وُجُوبِ الزَّكاةِ في الدَّيْن، وهو مَمْنُوعٌ على أصْلِنا، واللهُ أعلم.



[١٢] ـ مسألة [زكاة الحلي المباح]

إذا مَلَكَ نِصابًا من الحَلْي المباحِ وَتَمَّ عليهِ الحَوْل لا يَجِبُ عليهِ أداءُ الزكاةِ عنهُ عندنا على القولِ المنصورِ في الخِلاف[١]، والقولُ الثاني: يَجِبُ[٢]، وهو مذهبُ الخَصْم[٣].

وقد أجْمَعْنا على وُجُوبِ الزكاةِ في الحَلْيِ المحْظُور[٤].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ لازِمَ الوُجوبِ مُنْتَفٍ فلا وُجُوب.

وبيان ذلك هو أنّ لازِمَ الوُجوبِ وجودُ الباعثِ عليهِ، وإلا كان الحُكمُ خَلِيًّا عن باعث، ومقصور، وهو خِلافُ إجماعِ الفقهاء.

وبيانُ انتِفاءِ هذا اللازِم: هو أنّ اتِّخاذَ الحَلْيِ للاستعمالِ والاِبْتِذالِ على وجْهٍ مَشرُوع، وصَرْفَهُ عَنْ جِهةِ الإيجابِ يَدُلُّ على تَعَلُّقِ حاجتِهِ به، وفي إيجابِ الزَّكاةِ عليهِ فيه احتِمالُ امتِناعِهِ من حُصُولِ غَرَضِهِ المشْرُوعِ من التَّحَلِّي؛ خَوْفًا من لُزُومِ الزَّكاة، مع تَعْطِيلِهِ عَنْ جِهةِ الاسْتِنْماءِ والاِسْتِرْباح، على ما هو المعتادُ المتعارَف، وهو مَفْسَدةٌ في حَقِّه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٣٢. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٠١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٠٩.

(٢) قال الشيرازي: «واستخار اللهَ فيه الشافعيُّ واختاره». «المجموع شرح المهذب»، ٦: ٣٢.

(٣) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢١٦. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٧. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٧.

(٤) كتاب «الأُمّ» للشافعي، ٢: ٤٥. «نهاية المطلب» للجويني، ٣: ٢٨١. «المبسوط» للسرخسي، =

وهذِهِ المفْسَدةُ إمّا أن تكونَ مُساويةً للْمَقْصُودِ الباعثِ على الوُجوبِ في نَظَرِ الشّارِعِ، أوْ زائِدةً أوْ أنقَص، فإنْ كانتْ مُساويةً فقَدِ اخْتَلَّتْ مُناسَبةُ الباعِثِ على الوجوب، فإنّ تحصيلَ المقْصُودِ المصْلَحِيِّ على وجهٍ يَلْزَمُ منه وجودُ مَفْسَدةٍ مُساويةٍ له لا يُعَدُّ مُناسِبًا في نَظَرِ أهلِ العُرْف.

والأصلُ إنّما هو تَقْريرُ أهلِ العُرْفِ على عُرْفِهِمْ لا التَّغْيير، وإن كانتِ المفْسَدةُ أزْيَد، فاحْتِمالُ مُناسَبةِ باعِثِ الوُجوبِ يَكُونُ أشَدّ، وإنّما لا تَخْتَلُّ مُناسَبةُ الباعثِ بتقديرِ أن يَكُونَ راجِحًا على المفْسَدةِ المعارِضة، فإذا اختلالُه[1] لازِمٌ بتقدير مَرّةٍ تقدِيرَيْن، وعَدَمُ اختلالِه على تقديرٍ واحدٍ مُعَيَّن.

ولا يَخْفَى أنّ ما يَقَعُ على تقدِيرَينِ أغلَبُ مِمّا يَقَعُ على تقديرٍ واحد، لَزِمَ من ذلك انتفاءُ اللازِمِ ظاهِرًا، ويَلْزَمُ منهُ انتِفاءُ الملْزُومِ ظاهِرًا.

فإن قِيل: ما ذكرتمُوهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على ترجِيحِ الباعِثِ على الوُجوبِ من جِهةِ التفصيل، وذلِكَ أنّهُ من المناسِبِ أنْ يكونَ الباعِثُ على الوُجوبِ دَفْعَ حاجةِ الفقِير.

[أ/ ١٤] ولا يَخْفَى أنّ حاجةَ الفقيرِ ضرُوريةٌ أصْلِيّة، بخلافِ / حاجةِ التَّحَلِّي فإنّها من قَبِيلِ الحاجاتِ الزائدةِ وليستْ ضَرُورِية، فكان الباعثُ لذلِكَ راجِحًا.

سلَّمنا دَلالةَ ما ذكرتُموه على انتفاءِ الوجوب، لكنَّهُ معارَضٌ بما يدُلُّ على الوجوب، وهو قولُهُ عليهِ السلام: «في كُلِّ عِشرينَ مِثقالًا من الذَّهَبِ نِصْفُ مِثْقال»[2].

= ٢: ١٩٢. «بدائع الصنائع» للكاساني، ٢: ١٧.

(١) كذا، ولعل الصواب: «فإن اختلاله....إلخ».

(٢) تقدم تخريجه.

فكان ما ذكرناهُ داخِلًا في عُمُومِه، وقولُه عليهِ السلام: «في الرِّقةِ[1] ـ أي الفِضّةِ ـ رُبُعُ العُشْرِ»[2].

وأيْضًا ما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلام أنّهُ رَأى امْرَأتَينِ تَطُوفان بالبيتِ وعلَيهما سِوارانِ من ذَهَب، فقال: «أتُحِبّانِ أنْ يُسَوِّرَكُما رَبُّكُما بِسوارَينِ من نارٍ؟»، فقالَتا: لا، فقال: «أدِّيا زَكاتَهُما»[3] أمْرٌ، والأمرُ للوجوب.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ ما ذكَرُوهُ مُعارَضٌ بتَفْصِيلٍ آخَر، وهو أنّ حاجةَ المالكِ من التَّحَلِّي تَفُوتُ مُطْلَقًا لا إلى خَلَفٍ وَبَدَل، بخِلافِ حاجةِ الفقيرِ فإنها تندَفِعُ بزكاةِ غيرِ الحَلْي، ولِأنّ المالِكَ هو الذِي اكتَسبَ المال، وتَعِبَ في تَحْصِيلِه، فدَفْعُ حاجَتِهِ منهُ يكونُ أوْلَى من غَيْرِه، وإذا تعارَضَ التَّفْصِيلانِ سُلِّمَ ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وعن المعارَضةِ بالنُّصُوص: أمّا خَبَرُ المرْأتَيْنِ فيَرْوِيهِ المثَنَّى بنُ الصباح[4] وابْنُ لَهِيعةَ[5]، ....

(١) قال النوويُّ: «والرِّقةُ، بتخفيفِ القافِ وكسرِ الراءِ، هي: الوَرِقُ وهو كلُّ الفضةِ، وقيل: الدراهمُ خاصة». «المجموع شرح المهذب»، ٦: ٣.

(٢) «صحيح البخاري»، كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، ١٤٥٤.

(٣) «سنن الترمذي»، أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الحلي، ٦٣٧. وقال الترمذي: «ولا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء».

(٤) المثنى بن الصباح اليماني ثم المكي، قال أبو حاتم وغيره: «ليِّنُ الحديث»، (ت: ١٤٩هـ). «الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة» للذهبي، ٢: ٢٣٩.

(٥) عبدالله بن لهيعة أبو عبدالرحمن الحضرمي، الفقيه قاضي مصر، قال أحمد بن حنبل: «مَن كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وإتقانه وضبطه»، وقال الذهبي: «العمل على تضعيف حديثه»، توفي سنة ١٧٤هـ. «الكاشف»، ١: ٥٩٠.

وهما ضعيفان[١].

وقد قال التِّرْمِذِيُّ أيضًا: إنّهُ غيرُ صحيح[٢].

وأمّا باقِي النُّصوصِ فيَجِبُ حَملُها على غيرِ الحلي، جَمْعًا بينَها وبينَ ما رُوِيَ عن عُمرَ، عن النبيِّ ﷺ أنّهُ قال: «زكاةُ الحُلِيِّ إعارَتُه»[٣].

جَعَلَ الزكاةَ مُبتدَأً، والإعارةَ خبرَه، ولو كانت زكاةُ الحَلْيِ بغيرِ الإعارةِ لكان المبتدَأُ أعَمَّ من خَبَرِه، وهو مُحالٌ؛ لكَذِبه، والله أعلم.



(١) قاله الترمذيُّ تعليقًا على هذا الحديث.

(٢) تقدَّم قولُ الترمذي: «ولا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء».

(٣) «السنن الكبرى» للبيهقي، جماع أبواب، صدقة الورق، من قال: زكاة الحلي عاريته، ٧٥٥١، بيدَ أن روايته عند البيهقي: عاريتُه، بدلَ: إعارتُه. وقال السخاوي: «يَذكرُه الفقهاء، وهو عند البيهقي من حديث كامل بن العلاء عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عُمرَ مِن قولِه». «المقاصد الحسنة» للسخاوي، ٥٣٩.

مسائل الصوم

[١٣] ـ مسألة [صوم رمضان بنيّة نهاريّة]

لا يَصِحُّ صَوْمُ رَمَضانَ بنِيّةٍ نَهاريةٍ عندنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

واجتَمَعْنا على امتناع ذلِكَ في القَضاءِ والنَّذْرِ[٣]، وعلى الصِّحّةِ بنيّةٍ قبلَ الزَّوالِ في النَّفْلِ[٤]، ولنا فيه مَنْعٌ[٥].

ودليلُنا في المسألةِ أنه لو صَحَّ بنيةٍ من النهار لَمْ يَخْلُ إمّا أنْ يكونَ المقصودُ المعتبَرُ في نَظَرِ الشّارع من الصِّحّةِ بنِيّةِ النَّهارِ مُساوِيًا للْمَقْصُودِ المعتبَرِ في الصِّحّةِ بنِيّةٍ من اللَّيل، أو زائدًا، أوْ أنقَص.

فإن كان الأولَ أوِ الثانِي لزِمَ أن يَصِحَّ الصومُ في القضاءِ والنذرِ بنِيّةٍ من النهار.

أمّا على التقدِيرِ الأوَّل فلِضرُورةِ المساواة.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٥٨. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٢٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٢٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٢٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٦٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٨٢.

(٣) حكى الماورديُّ الإجماعَ عليه. «الحاوي الكبير» للماوردي، ٣: ٣٩٧. «الهداية» للمرغيناني، ١: ١٤٤.

(٤) «المجموع شرح المهذب» للنووي، ٦: ٣٠٢. «الهداية» للمرغيناني، ١: ١٤٤.

(٥) قال النووي: «وبه قال المزني، وأبو يحيى البلخي من أصحابنا». «المجموع شرح المهذب»، ٦: ٣٠٢.

وَعلى التقديرِ الثّانِي بطَريقِ الأوْلَى.

[ب/١٤] وإنْ كان الثّالِث: لَزِمَ أنْ لا يَصِحَّ الصومُ بنِيّةٍ من النَّهار؛ حَذَرًا من فواتِ المقصودِ الراجحِ المعتبَرِ في صِحّةِ الصَّومِ في التَّبْييت، وهو على خِلافِ الفَرْضِ في الصِّحَّةِ بنِيّةٍ من النَّهار، وهذِهِ المحالاتُ إنّما لَزِمَتْ من فرْضِ الصِّحَّةِ بنِيّةٍ من النَّهارِ، فلا صِحّة.

فإنْ قِيل: ما ذكرتُمُوهُ من القسْمِيّةِ إنّما يَصِحُّ مع تَماثُلِ المقْصُودَين، وأمّا مع الاختلافِ فلا، وإن سلَّمنا صحةَ القسمة، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّهُ يَلْزَمُ من التَّسْوِيةِ بينَ المقصُودَينِ أوِ الزيادةِ في النيةِ النهاريةِ في أداءِ صومِ رمضانَ مِثلُه في القضاءِ والنَّذْرِ ليَصِحَّ ما ذكرتُمُوه.

وبيانُ التفاوُتِ من وجهَين:

الأوّل: أنّ الزَّمانَ في القَضاءِ والنَّذْرِ غيرُ مُتَعَيِّنٍ؛ لما يُوقِعُه فيه من الصَّوم، فإنّهُ ما من صَومٍ يُوقِعُهُ فيه إلا وهو قابِلٌ لغَيْرِه؛ فرْضًا كان أوْ نَفْلًا، فاقْتَضى ذلِكَ التَّبْييتَ للتَّعْيين، بخِلافِ صَومِ رمضان فإنّ زَمانهُ مُتَعَيِّنٌ لَه، فلا يَفتَقِرُ إلى التَّبْييت.

الثاني: هو أنّ القضاءَ مُحَصِّلٌ لمَقصُودِ الأداءِ على نوعٍ من القُصورِ والنقصان، على خِلافِ ما قالَ عليهِ السَّلام: «مَنْ فاتَهُ صَوْمُ يومٍ من رمضانَ لَمْ يَقْضِهِ صَوْمُ الدَّهْرِ»(١).

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، باب ما جاء في الإفطار متعمدًا، **٧٢٣**، وقال الترمذي: «حديث أبي هريرة لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسمعتُ محمدًا [يعني البخاري] يقول: أبو المطوِّس اسمه يزيد بن المطوِّس، ولا أعرف له غير هذا الحديث». «سنن ابن ماجه»، كتاب الصيام، باب ما جاء في كفارة من أفطر يومًا من رمضان، **١٦٧٢**. ولفظه عند الترمذي: =

وعند ذلك فلا يَلْزَمُ مِنِ اعتبارِ النِّيةِ اللَيْلِيّةِ فيه؛ لإمْكانِ تقدِيرِها في جميعِ أجزاءِ النَّهار جَبْرًا لنَقْصِ النَّقْصِ فيه؛ مِثْلُهُ في الأداء.

وإنْ سلَّمنا امتناعَ التَّسْوِيةِ والزِّيادةِ في النِّيةِ النَّهارية، وأنّ رُجحانَ النيةِ المبيَّتةِ يُناسِبُ نَفْيَ الصحةِ بنِيّةٍ نهارِية، حَذَرًا من فواتِ مقصودِها الراجِح، لكِنْ لا بُدَّ لَهُ من شاهدٍ بالِاعتبار، ولا سبِيلَ البَتّةَ إلا بالقضاءِ والنَّذْر، وقد عُرِفَ الفَرْقُ بينَهُ وبينَ مَحَلِّ النِّزاع.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُموه على امتناعِ الصحةِ بنِيّةٍ من النهار، لكنَّهُ مُعارَضٌ بالنصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رَوَى ابنُ مسعودٍ أنّـه قال: أصْبَحَ النّـاسُ شاكِّينَ مُتَلَوِّمينَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فقَدِمَ رَكْبٌ من المدينةِ فشَهدُوا برُؤْيةِ الهِلالِ من البارِحـة، فقَبِلَ النبيُّ ﷺ شَهادَتَهُمْ، وأمَرَ بلالًا فنادَى: «ألا مَنْ أكَلَ فلا يَأْكُلْ بَقِيّـةَ يَوْمِـه، ومَنْ لَمْ يَأْكُلْ فلْيَصُمْ»(١).

وأيضًا ما رُوِيَ عنه [ﷺ] أنّهُ دَخَلَ المدينةَ، فرَأى اليهُودَ يَصُومُونَ يَوْمَ عاشوراءَ، فسَألَهُمْ عَنْ ذلك، فقالُوا: هَذا يَوْمٌ / نَجّى اللهُ فيه موسَى عليهِ السلام، [أ/١٥] وأغْرَقَ عَدُوَّه، فقال: «أنا أحَقُّ بإحْياءِ سُنّةِ أخِي مُوسَى عَلَيْهِ السَّلامُ»(٢).

ثُمَّ أمَرَ مُنادِيًا فنادَى: «ألا مَنْ أكَلَ فلْيُمْسِكْ، وَمَنْ لَمْ يَأْكُلْ فلْيَصُمْ»(٣).

= «مِن غَيرِ رُخصةٍ ولا مَرَضٍ»، وعند ابن ماجه: «مِن غيرِ رُخصة».

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وقد أورد سبط ابن الجوزي حديثًا بلفظ قريب منه، وقال: «وهذا اللفظ لا يُعرَف، وإنما المشهور الذي رواه الدارقطني: أنّ أعرابيًّا شهد عند النبي ﷺ ليلة رمضان برؤية الهلال.. وذكر الحديث»، «إيثار الإنصاف في آثار الخلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٧٩.

(٢) «صحيح البخاري»، كتاب الصوم، باب، صيام يوم عاشوراء، ٢٠٠٤. «صحيح مسلم»، كتاب الصيام، باب، صوم يوم عاشوراء، ١١٣٠.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب الصوم، باب صيام يوم عاشوراء، ٢٠٠٧. «صحيح مسلم»، =

وأمّا من جهةِ المعْنَى: فهُو أنّهُ من المناسِبِ أنْ يُقضَى بالصّحّةِ بنِيّةٍ من النَّهار، حَذَرًا من فواتِ فضِيلةِ الأداء، بتقديرِ نِسيانِ النيةِ من الليل، وبتقديرِ أنْ يكونَ الشخصُ صاحبَ عُذْر، كالكُفْرِ والصِّبا والحيضِ والمرَضِ والسَّفَر، وقد زالَ ذلك العُذْرُ عنهُ في أثناءِ النهار.

والشاهدُ لهُ بالاعتبارِ النَّفل؛ فإنه يَصِحُّ بنِيّةٍ من النهار؛ لما رُوِيَ عَنْ عائشةَ أنّ النبيَّ ﷺ كان يدخُل عليها فيقول: «هَلْ عِندَكُمْ شَيْءٌ؟»، فتقول: لا، فيقُول: «إنِّي إذَنْ صائِمٌ»[1].

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ التقسِيمَ إنّما ذكرناهُ نَظَرًا إلى المقْصُودِ المعْتَبَرِ في الصِّحّةِ من النِّيةِ اللَّيْلِيّةِ والنَّهارِيّة، مُجَرَّدًا عَنْ كُلِّ أمْرٍ خارِجٍ عنه، والأصلُ عَدَمُ تأثيرِ ما سِواه.

وما ذَكَرُوهُ من الفَرْقِ الأوّلِ فغيرُ صحيح؛ فإنّ تَعْيينَ الزمانِ خارجَ رمضانَ لإيقاعِ الصومِ المعْتَبَرِ فيه، أوْ لتَعْيينِ الصَّومِ الواقِعِ فيه؛ تَكْفي فيه النِّيةُ المعيَّنة، ولا يُتَوَقَّفُ على تَبْييتِها، وأنّ ذلك يَتَوَقَّفُ على التَّبْييت، فلا نُسَلِّمُ أنّ زمانَ رمضانَ مُتَعَيِّنٌ؛ لوُقوعِ الصومِ عَنْ رمضانَ فيه في السفَر، وإذا فرَضْنا الكلامَ في السفَرِ اندفَعَ الفَرْق.

وإن سلَّمنا أنّ زمانَ رمضانَ مُتَعَيِّنٌ لإيقاعِ الصومِ عَنْ رَمضانَ فيه لكن مع النيةِ المُبَيَّتةِ لا مُطلَقًا، وإنْ سلَّمنا ذلك مطلَقًا لكِنَّه يُعَيَّنُ بحُكْمِ الحال، وذلك لا يَمْنَعُ مِنِ اعتبارِ التَّبْييت.

= كتاب الصيام، باب من أكل في عاشوراء فليكُفَّ بقيّةَ يومِه، ١١٣٥، وقد جمع المؤلف رحمه الله بين روايتين.

(١) «صحيح مسلم»، كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال، ١١٥٤.

وأما الفَرْقُ الثانِي: فهو مُلْغًى بالنَّذْرِ وصومِ الكفّارة.

وعن السُّؤالِ الثّانِي: إنّما قُلنا بامتناعِ الصحةِ بالنيةِ النهارية؛ لما فيه من فواتِ المقصُود، والمعْتَبَرُ الراجِحُ في الصِّحّة، فلا يَحتاجُ إلى شاهِدٍ بالِاعتبار، وإن احتاجَ إلى شاهِدٍ فهو القضاءُ والنَّذْر، وقد عُرِفَ إبْطالُ الفَرْقِ فيه.

وعن المعارضةِ بالأحاديث: مُعارَضتُها بما رَوى عبدُ اللهِ بنُ [أبي] بَكْرِ بنِ عَمْرو بنِ حَزْمٍ[1] مُعَنْعَنًا[2] إلى النبيِّ ﷺ أنهُ قال: «لا صِيامَ لمَنْ لَمْ يَنْوِ الصِّيامَ من اللَّيْلِ»[3].

نَفَى الصومَ دُونَ النيةِ المبيَّتة.

والأصلُ حَمْلُ اللفظِ على الحقِيقة، والصَّومُ وإن كان في اللغةِ عبارةً [ب/١٥] عن مُطْلَقِ إمْساك، غيرَ أنّهُ في مُصطلَحِ الشَّرعِ عبارةٌ عنْ إمساكٍ خاصٍّ مع النية، ولِهذا لا يُفْهَمُ من إطلاقِ لَفْظِ الصومِ في مُصطلَحِ المتَشَرِّعةِ مُطلَقُ إمساك،

---

(١) عبدالله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري (ت: ١٣٥هـ)، تابعي ثقة ثبت، روى عن جماعة منهم: أبوه، وخالة أبيه عمرة بنت عبدالرحمن، وأنس، وحميد بن نافع، وسالم بن عبدالله بن عمر، والزهري، وروى عنه جماعة منهم: الزهري وابن أخيه عبدالملك وهشام بن عروة ومالك والسفيانان. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٥: ١٦٤.

(٢) عن سالم بن عبدالله، عن أبيه، عن حفصة. «سنن أبي داود»، كتاب الصوم، باب النية في الصيام، ٢٤٥٤.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب الصوم، باب النية في الصيام، ٢٤٥٤. «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل، ٧٣٠. قال الترمذي بعده: «والموقوف أصح». وقال الترمذي في «العلل الكبير»: «سألت محمدًا [يعني البخاري] فقال: عن سالم، عن أبيه، عن حفصة، عن النبي ﷺ، خطأ، وهو حديث فيه اضطراب، والصحيح عن ابن عمر موقوف». «العلل الكبير» للترمذي، ص١١٧.

وإذا كان التَّعْيِينُ واقِعًا فحَمْلُهُ على ما فيه النيةُ المبَيَّتةُ أَوْلَى من مَذْهَبِ الخَصْم؛ لما فيه من حَمْلِ النفيِ على ظاهرِه، والتأويلِ في مَذْهَبِهِمْ، ومع التعارُض يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناه أوَّلًا.

وعن المعارضةِ بالمعْنَى: نَمْنَعُ صِحّةَ ما استَشْهَدُوا به من صَوْمِ النَّفْل، والخَبَرُ فيَجِبُ حَمْلُه على استِدامةِ الصَّوْم، جَمْعًا بَيْنَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الأدِلّة.

وإنْ سَلَّمْنا صِحّةَ صومِ النَّفلِ بنِيّةٍ نَهارِيةٍ قبلَ الزَّوال فإنّما كان ذلك لأنّهُ واقِعٌ في مَظِنّةِ المسامَحة، ولِهذا جاز النفلُ قاعِدًا مع القُدْرةِ على القِيامِ بخِلافِ الفَرْض.

ولَنا في المسألةِ مَسْلَكٌ آخَرُ، وهُو أن نقُول: صَوْمُ رمضانَ مَفْرُوضٌ بالإجماع، فكلُّ صومٍ صَحَّ بنِيّةٍ نهارية فهو غيرُ مَفْرُوضٍ بالإجماع، أيْ أنه لَمْ يُجْمَعْ على كَوْنِهِ فرْضًا ضرورةَ وُقُوعِ الخِلافِ فيه، ولا خِلافَ في صِحّةِ المقَدِّمَتين، واللازِمُ عنهما أنه لا يَصِحُّ صومُ رمضانَ بنِيّةٍ نهارية، وإلا لزِمَ منه تكذِيبُ إحْدَى المقَدِّمَتَيْنِ المسَلَّمَتَيْنِ بتقديرِ الصِّحّة.

وهو أنْ لا يكونَ صَوْمُ رمضانَ مَفرُوضًا بالإجماع، ضرورةَ صِحَّتِهِ بنِيّةٍ نهارية، لصِدْقِ قولِنا: ما صحَّ بنِيّةٍ نهاريةٍ لا يَكُونُ مُجْمَعًا على كَوْنِهِ فرْضًا، أو كَذِبِ قولِنا: ما صَحَّ بنيةٍ نهارِيّةٍ لا يكُونُ مُجْمَعًا على كونِه فرضًا.

فإن قيل: قولُكمْ: صومُ رمضانَ مُجْمَعٌ على كَوْنِهِ فرْضًا؛ قَضِيّةٌ مُهْمَلة.

فإنْ أرَدْتُمْ به بعضَ صِياماتِ رمضان، وهو ما كان مَنْوِيًّا من الليلِ فمُسَلَّم، ولكِنَّ اللازِمَ عن المذكورِ أنّ بعضَ صِياماتِ رمضانَ غيرُ صحيحةٍ بنِيّةٍ من النهار، فلا يَلْزَمُ ذلِكَ في كُلِّ صَوْمٍ من صِياماتِ رمضان.

وإنْ أرَدْتُمْ به كُلَّ صَوْمٍ من صِياماتِ رمضانَ فهو غيرُ مُسَلَّم؛ فإنّ الصومَ بنِيّةِ النهارِ عندنا صومٌ مَفرُوضٌ وإن لم يَكُنْ مُجمَعًا على فرْضِيَّتِه.

قلنا: المدَّعَى أنّ صَوْمَ رمضانَ من حيثُ هو صومُ رمضانَ ـ قاطعينَ [١٦/أ] النظرَ عن كُلِّ أمْرٍ خارِجٍ ـ مُجْمَعٌ على فرْضِيَّتِه، ولا شَكَّ في ذلك؛ فإنّ السَّلَفَ من الصحابةِ قَبْلَ وُجودِ الخَصْمِ المخالِف كانوا مُجْمِعِينَ على ذلك من غيرِ خِلافٍ فيه، وعلى هذا فالإنْتاجُ لازِم، واللهُ أعلم.



[١٤] ـ مسألة [النية المطلقة ونية النافلة عن رمضان]

إذا صام رمضانَ بنِيّةِ واجبٍ أجزأ، وبنِيّةٍ مُطلَقةٍ أو نافِلةٍ لا يَصِحُّ في حَقِّ الصحيحِ المقِيمِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

ولنا في مُطلَقِ النيةِ قولان[٣]، وما ذكرناهُ من المسْلَكَيْنِ في المسألةِ المتقدِّمةِ تقريرًا واعتِراضًا وانفِصالًا ما عَدا المعارَضةِ بالحَدِيثَيْنِ المذْكورَيْن فيُمْكِنُ تَقْرِيرُ مِثْلِهِ هاهُنا، فعليكَ بالِاعتِبار.

وتَخْتَصُّ هذِه المسألةُ بالمعارَضةِ بقَوْلِهم: أتَى بما أُمِرَ به فوَجَبَ أنْ يَخْرُجَ عَنِ العُهْدة، أمّا أنَّهُ أتَى بما أُمِرَ بِهِ فلِأنَّهُ مَأْمُورٌ بالصَّوْمِ بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، والصَّوْمُ في اللغةِ عبارةٌ عَنِ الإمْساك، والأصلُ في الشَّرْعِ إنّما هو التَّقْرِيرُ لا التغيير، على أنّا خالَفْناهُ في اعتِبارِ الإمْساكِ الخاصِّ وأصْلِ النِّيَة، فاعتِبارُ تَعْيينِ النِّيةِ يَكُونُ على خِلافِ الأصْل، وقد أتَى بكُلِّ ما وَقَعَ الاتِّفاقُ على اعتِبارِه في الصَّوْمِ الشَّرْعِيِّ، فكان مُمْتَثِلًا للأمر.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٥٩. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٤٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٢٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٢٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٦٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٧٩.

(٣) قال النووي: «وفي اشتراط نية الفريضة وجهان؛ أصحهما: لا يشترط، وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة، والثاني: يشترط، قاله أبو إسحق المروزي». «المجموع شرح المهذب»، ٦: ٣٠٢.

ويَلْزَمُ من ذلك الصِّحّةُ إنْ فسَّرْنا الصحةَ بامتِثالِ الأمْرِ ومَعْنَى الإجزاء، وهو عَدَمُ وجوبِ القَضاء؛ لأنّ القضاءَ إنّما يَجِبُ استِدْراكًا لما فاتَ من مَصْلَحةِ الأداءِ أو شَرْطِه، ومع الإتْيانِ بما أُمِرَ بِهِ بشَرْطِهِ يَكُونُ إيجابُ القَضاءِ لتَحْصِيلِ الحاصِلِ، وهو مُحال، ويُمْكِنُ استِعمالُ هذِه المعارَضةِ بعَيْنِها في المسألةِ المتقدِّمة.

وجوابُها إن أُورِدَت في المسألةِ الأُولَى: بوُجوبِ أخْذِ النيةِ المبَيَّتةِ في حَدِّ الصَّوْمِ الشرعِيّ؛ لما قرَّرْناهُ ثَمّ.

وجوابُها هاهنا: أنّ الصومَ الشرعيَّ مُنقسِمٌ إلى فرْضٍ ونَفْل، والمأمورُ بِهِ في مَحَلِّ النزاعِ إنّما هو صَوْمُ الفَرْضِ لا ما عَداه، وإذا لم يَنْوِ الفرضَ فلا يكونُ مُمتَثِلًا لما أُمِرَ به، وإذا لَمْ يَكُنْ مُمْتَثِلًا فلا يَصِحُّ صومُه بمعنَى الإمساكِ، ولا بمعنى الإجزاءِ على ما قرَّرُوه.

فإن قيل: يَلْزَمُكُمْ على هذا صِحّةُ الحجِّ والوضوءِ المفْرُوضَيْنِ بغَيرِ نِيّةِ الفرض.

قلنا: أمّا الوضوءُ فالحُكمُ فيه ممنوعٌ على رأيٍ لنا، وأمّا الحجُّ فإنّما قَضَيْنا بصِحَّتِهِ على خِلافِ الدَّلِيل؛ تَيْسِيرًا أو تَسْهِيلًا على المكلَّف؛ لكَوْنِهِ عِبادةَ العُمُر، ومَظِنّةَ الكُلَفِ والمشاقِّ الَّتِي لا يَسْهُلُ تَحمُّلُها في العادةِ في حَقِّ غالِبِ الناس، ولِذَلِكَ جوَّزْنا فيه النِّيابةَ والإهْلالَ بإهْلالِ زَيْد، بخِلافِ ما نحنُ فيه، والله أعلم.



[١٥] ـ مسألة [الإفطار بالأكل والشرب]

إذا أفطَرَ بالأكلِ والشُّرْبِ في نهارِ رمضانَ لا تَجِبُ عليهِ الكَفّارةُ عندنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنما قُلنا ذلك لأنّ القولَ بالوجوبِ يَسْتَدْعِي دَليلًا، والأصلُ عَدَمُه، فإن قِيلَ: دليلُ الوجوبِ النصُّ والمعنى.

أما النصُّ فما رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّهُ قال: «مَنْ أفْطَرَ يَوْمًا من رَمضان فعَلَيْهِ ما على المُظاهِرِ»[٣].

والمظاهِرُ تَجِبُ عليهِ الكفّارة؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣].

وأمّا المعْنَى فهو أنّ إفسادَ الصَّومِ بالأكلِ والشُّرْبِ من غيرِ عُذْرٍ مُناسِبٌ لإيجابِ الكَفّارة.

وبيانُه من ثلاثةِ أوجُه:

الأوّل: أنّهُ بالإفسادِ قد فاتَتْ فضِيلةُ الأداء، فناسَبَ إيجابَ الكفّارة؛ ليَجْبُرَ ما فيها من الثواب؛ لما فاتَ من فضيلةِ الأداء.

---

(١) «الاصطلام» للسمعاني، ١: ١٥٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٢٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٢٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٧٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٩٦.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام، باب القُبلة للصائم، ٢٣٠٦.

الثّاني: أنّهُ بإفسادِ الصَّومِ أثِم، فناسَبَ إيجابَ الكفّارة؛ ليَكُونَ ما فيها من الثَّوابِ ماحِيًا لإثْمِهِ على ما قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ﴾ [هود: ١١٤].

الثالث: أنّ إفسادَ الصّومِ جنايةٌ على حَقِّ اللهِ تعالى، فناسَبَ إيجابَ العُقُوبةِ زَجْرًا له عنها، والكفّارةُ صالِحةٌ للعُقوبة؛ لما فيها من لُزُومِ مَشَقّةِ الصِّيام، أو إخْراجِ المالِ المحبوبِ إلى الطِّباعِ بالإعتاق.

والشاهِدُ لَهُ بالِاعتبارِ الإفطارُ بالوِقاع، بَلِ الإفطارُ بالأكلِ أوْلَى بالإيجاب؛ لكَوْنِه أغلبَ وُقوعًا من الإفطارِ بالوِقاع، لتَأكُّدِ داعِيةِ الأكلِ بالصَّومِ، وضَعْفِ داعِيةِ الجِماعِ به، ولِكَونِهِ مُتَوَقِّفًا على داعِيةٍ واحِدة، والوِقاعُ على اجتماعِ داعِيَتَيْن.

والجوابُ عن النصّ أنهُ قد قِيل: إنه مُرسَلٌ[1]، ولا نُسَلِّمُ أنهُ حُجّة، وإن كان حُجّةً غيرَ أنهُ يَدُلُّ على التَّسْوِيةِ بين الإفطارِ والظِّهارِ فيما وَجَبَ في الظِّهار، [١٧/أ] والكَفّارةُ غيرُ واجِبةٍ في الظِّهار، بلْ هِيَ واجِبةٌ بالعَوْدِ على ما قال تعالى: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة: ٣].

وعلى هذا فنحنُ قائِلُونَ بمُوجبِ الخَبَر، وإن كانتِ الكفّارةُ مُسْتَنِدةً إلى الظِّهارِ إلا أنّها عندهُم غيرُ واجِبة، بل هو مُخَيَّرٌ؛ إن شاءَ كَفَّر، فيَحِلُّ له الجِماع، وإن شاءَ لا يُكَفِّر، فلا يَحِلّ، ومع هذا فلا يَصِحُّ مِنهُم الِاستِدلالُ على وجوبِ الكفّارةِ بالإفطارِ حَتْمًا.

وإن كانتِ الكفّارةُ واجبةً في الظِّهارِ حَتمًا بتقديرِ العَوْدِ كما هو مَذْهَبُنا،

---

(١) قال الدارقطني رحمه الله: «والمحفوظ عن هشيم، عن إسماعيل بن سالم، عن مجاهد، مرسلًا». «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام، باب القبلة للصائم، ٢٣٠٦.

غيرَ أنَّهُ يُحتمَلُ وُرُودُ الخَبَرِ بعدَ نُزُولِ آيةِ الظِّهار، فيكونُ حُجّةً لهم، ويُحتمَلُ ذلك قبل الآية، فلا يكونُ حُجّةً في غَيرِ التَّأْثِيم، وليسَ أحَدُ الأمْرَينِ أوْلَى من الآخَر.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: أنّهُ وإن سُلِّمَ أنّ الأكلَ إفسادُ الصَّومِ مع إمكانِ النِّزاعِ فيه على ما عُرِفَ من مَأخَذِنا من أنّه تارِكٌ للصَّومِ وليسَ بمُفْسِد، غيرَ أنّا نَقْدَحُ فيما ذَكروهُ من جِهاتِ المناسبة.

أمّا جِهةُ الجَبْرِ فهي مُلغاةٌ بما إذا أفسدَ الصّومَ ببَلْعِ الحَصاةِ والنَّواة.

وأمّا جِهةُ مَحْوِ أثَرِ الذَّنْب: فلِأنّ الأعرابِيَّ الذِي هو مُستَنَدُ وُجوبِ الكفّارةِ جاء نادِمًا على ما فرَّط، والنَّدَمُ تَوْبةٌ على ما قال عليه السَّلام: «التَّوْبةُ تَمْحُو الحَوْبَةَ»[1].

وقال [ﷺ]: «التّائِبُ من الذَّنْبِ كَمَنْ لا ذَنْبَ لَهُ»[2].

[ورُوِي عن النبي ﷺ]: «من تابَ عن الذُّنُوبِ فهو كيوم ولدَتْهُ أُمُّهُ»[3].

وأمّا جِهةُ الزَّجر: فلِأنّ النَّبيَّ ﷺ أوجَبَ الكفّارةَ على الأعرابيِّ بعد تَحَقُّقِ الجِنايةِ منه، والزاجِرُ إنما يكونُ شَرْعُه قبلَ الجِنايةِ لدَفْعِها، لا لرَفْعِها بعدَ وقُوعِها، ولا يُمْكِنُ أن يَكُونَ ذلك لزَجْرِ الغَير؛ لأنّهُ يَلْزَمُ مِنه خُلُوُّ جِنايةِ

---

(١) «حلية الأولياء وطبقات الأصفياء» لأبي نعيم، ١: ٢٧٠. وهو عنده بلفظ: «إنّ التوبةَ تغسلُ الحَوبة». والحَوبة: الإثم. «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير، ١: ٤٥٥.

(٢) «سنن ابن ماجه»، كتاب الزهد، باب ذكر التوبة، ٤٢٥٠. قال السخاوي: «ورجاله ثقات، بل حسَّنه شيخنا ابن حجر العسقلاني، يعني لشواهده». «المقاصد الحسنة» للسخاوي، ص٣١٣.

(٣) لم أجِده، ومعناه في الصحيح.

الأعرابيِّ عَن زاجِر، وهو مُمتنع، وهو على خِلافِ قولِه تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وإنْ سَلَّمْنا المناسَبة، لكِنَّ ما علَّلُوا بهِ من عُمُومِ الإفسادِ مُعارَضٌ في الأصلِ بخصوصِ الوِقاعِ المستَقِلِّ بإيماءِ النَّصِّ في قَضِيّةِ الأعرابيّ.

حيثُ قالَ الأعرابيّ: واقَعْتُ أهلِي في نهارِ رمضان، فقال لهُ النبيُّ ﷺ: [ب/١٧] «أعتِقْ رَقَبة»[١].

رَتَّبَ الإعتاقَ على الوِقاعِ في مَعرِضِ الجواب، فيكونُ الوِقاعُ كالمعادِ في كلامِ النبيِّ ﷺ، فكأنّهُ قال: واقَعْتَ فكَفِّرْ.

وتَرْتِيبُ الحُكْمِ على الوَصْفِ المناسِبِ في كلامِ الشّارِع يَدُلُّ على التَّعْلِيلِ به، واللهُ أعلم.



---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب النفقة، باب نفقة المعسر على أهله، ٥٣٦٨. وفي كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتُصُدِّقَ عليه فليكفِّر، ١٩٣٦.

[١٦] ـ مسألة [إذا وطئ في يومين متتاليين]

إذا أفطرَ بالوِقاعِ في يومَينِ من شهرِ رمضانَ يَجِبُ عليهِ بالإفطارِ في اليومِ الثانِي كفّارةٌ عندنا، سواءٌ كَفَّرَ عن اليومِ الأوَّلِ أوْ لَمْ يُكَفِّرْ[١]، خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا لم يكفِّر عن اليوم الأولِ[٢]، ولهم فيما إذا كفَّر عن اليوم الأوَّلِ خلافٌ[٣].

وإنّما قُلنا ذلك لأنّا أجْمَعْنا على وُجُوبِ الكفّارةِ فيما إذا لم يَكُنِ الإفطارُ في اليومِ مَسْبُوقًا بإفْطارٍ في يومٍ قَبْلَه، وعند ذلك نَقول: لَوْ لَمْ يَتَّفِقْ مَحَلُّ النزاعِ ومَحَلُّ الإجماعِ حُكْمًا لافْتَرَقا مَعْنًى، واللازِمُ مُمْتَنِع.

أمّا المقدِّمةُ الأُولَى فظاهِرة، وأمّا المقدِّمةُ الثانيةُ فلِأنّ الأصلَ عَدَمُ تَأْثِيرِ الفارِق.

فإنْ قِيل: ما ذكرتُموهُ ـ من أنّ الأصلَ عَدَمُ تأثيرِ الفارِقِ ـ مُعارَضٌ بأنّ الأصلَ أيضًا عدَمُ تأثيرِ الوصفِ الجامع، وليسَ إلغاءُ أحدِ الأمرَينِ واعتبارُ الآخَرِ أوْلَى من العَكْس.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٦٣. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٦٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٣٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٣٢. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٧٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٩٩.

(٣) مذهب الحنفية أن عليه كفارتين، وخالَف زُفَر في ذلك؛ مستندًا لروايته عن أبي حنيفة أنه تكفيه كفارة واحدة لاتحاد حرمة الشهر. «المبسوط» للسرخسي، ٣: ٧٤.

ثُمَّ بَيانُ تأثِيرِ الفارِقِ في الأصلِ من وَجهَينِ إجمالًا وتفصيلًا:

أمّا الإجمال: فهو أنّ وجوبَ الكفّارةِ لِما فيها من الإضرارِ بالتِزامِ مَشقّةِ الصِّيام، وإخراجِ المالِ المحبُوبِ إلى الطِّباع، المنْتَفي بقَولِه عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلام»[1].

على خِلافِ الدَّلِيل، فيَجِبُ اعتقادُ كَوْنِ الفارِقِ في الأصلِ مُؤَثِّرًا؛ تَقْلِيلًا لمُخالَفةِ الدليلِ في الفَرْع.

وأمّا التَّفصِيلُ فمن وَجهَين:

الأوّل: أنّ شهرَ رمضانَ مُعَظَّمٌ مُكَرَّم، وهو في حُكْمِ التعظِيم كالعِبادةِ الواحِدة، ولِذَلِكَ ذهبَ مالكٌ إلى الاكتفاءِ بنِيّةٍ واحِدةٍ في جَمِيعِ الشَّهْرِ[2]، فبالوِقاعِ الأوَّلِ قَدْ هَتَكَ حُرْمَتَهُ وأبْطَل، وَبِالوِقاعِ الثّانِي لا يَكُونُ هاتِكًا لهُ؛ لأنّ المهْتُوكَ لا يُهْتَك.

والثّانِي: هو أنّ التَّتابُعَ مقصُودٌ في الصَّوم؛ لِما فيه من زيادةِ الِابتلاءِ / [أ/١٨] والامتحان، ولِذلك كان مقصُودًا في كفّارةِ الظِّهار، وبالإفطارِ الأوَّلِ قد قُطِعَ التَّتابُع، بخلافِ الإفطارِ الثانِي؛ إذِ المقطوعُ لا يُقْطَع، وذلِكَ يُناسِبُ إيجابَ الكفّارة؛ لما سَبَقَ في المسألةِ التِي قبلها.

وعلى هذا لا نَقُولُ بوُجوبِ الكفّارةِ وإنْ كَفَّرَ في اليومِ الأوَّلِ أيضًا.

سلَّمنا عَدَمَ تأثيرِ الفارِقِ في الأصل، ولَكِنْ لا نُسَلِّمُ عَدَمَ تَأْثِيرِهِ في الفَرْع.

وبيانُ ذلك هو أنّ إفسادَ الصَّومِ من غَيرِ عُذْرٍ جِناية، والجِنايةُ تُناسِبُ

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) «مواهب الجليل في شرح مختصر خليل» للحطاب الرعيني، ٢: ٤١٩. «الذخيرة» للقرافي، ٢: ٤٩٩.

العُقُوبةَ والحَدَّ زَجْرًا، والكفّارةُ لما فيها من مَشَقّةِ الصِّيامِ وبَذْلِ المالِ المحْبُوبِ صالِحةٌ للعُقُوبة، فكانتْ حَدًّا، والعُقُوبةُ الواحِدةُ وافيةٌ بالزَّجْرِ عَنِ الجِنايـاتِ المتَعَدِّدة، وَلِهَذا اكتُفيَ بالحَدِّ الواحِدِ عَنْ زَنْياتٍ مُتَعَدِّدة.

والجوابُ عمّا ذكروهُ من المقابَلةِ بعَدَمِ تَأثِيرِ الوَصْفِ الجامِع: أنّ الترجيحَ لما ذكرناهُ؛ لما فيه من مُوافقةِ التَّعْدِية، والقُصُورُ فيما ذَكَرُوه، وبِهِ دَفْعُ المعارَضةِ من جِهةِ الإجمالِ أيضًا.

وعَنِ المعارَضةِ بجِهةِ التفصِيل: أنّهُ مُلْغًى بما لو أفْطَرَ ببَلْعِ حَصاةٍ أوْ نَواةٍ في اليومِ الأوَّل، فإنّ كلَّ ما تخيَّلُوهُ مُتَحَقِّقٌ فيه، وَمع ذلِكَ تَجِبُ الكفّارةُ بالوِقاعِ في اليومِ الثانِي منه، كيفَ وأنّ ما ذكَرُوهُ من جِهةِ المناسَبةِ في ذلِكَ فقَدْ أبْطَلْناهُ في المسألةِ التِي قبلَها؟

وعَنِ المعارَضةِ في الفَرْع: بمَنْعِ كَوْنِ الكفّارةِ عُقُوبةً؛ لأنّها عِبادةٌ؛ لأنّ الصَّومَ فيها، وهو عِبادةٌ بالِاتِّفاق، فكانَ مُبْدَلُهُ عِبادةً بطَرِيقِ الأوْلَى، وبَدَلُهُ عِبادةً، ضرُورةَ أنّ البدلَ لا بُدَّ وأنْ يَقُومَ مَقامَ المبْدَلِ وَلَوْ من جِهة.

وإنْ سلَّمنا أنّها عقوبة، غيرَ أنّ الكفّارةَ إذا وَجَبَتْ بالإفطارِ في اليومِ الأوَّلِ واستقَرَّتْ على وجه؛ لا تَلْزَمُهُ عقوبةٌ بالجِنايةِ الثانِية، فيُعْلَمُ ضرورةً أنّها لا تكونُ زاجِرًا عَنِ الجِنايةِ الثّانِية، فاسْتَدْعَتِ الجِنايةُ الثّانِيةُ كَفّارةً ثانِيةً، ولا يَلْزَمُ عليهِ العقوباتُ البَدَنِيّة، فإنّ الموالاةَ بينها مِمّا يُفْضِي إلى زُهُوقِ النَّفْس؛ لضَعْفِها عَن تَحَمُّلِها، فلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ بكُلِّ جِنايةٍ عقوبةٌ حِفْظًا للنفس، بخلافِ الكفّارة فإنّها عقوبةٌ مالِيّة، وعلى هذا فيَمْتَنِعُ أنْ / يُقالَ بوُجوبِ الكَفّارةِ وإسقاطِها من غَيرِ استِيفاءٍ؛ لِما فيه من عَدَمِ الفائِدةِ في الوجوبِ ابتداءً، واللهُ أعلم. [ب/١٨]

[١٧] ـ مسألة [إذا واقع المنفرد برؤية الهلال]

المنفَرِدُ برُؤيةِ الهِلالِ إذا أفْطَرَ بالوِقاع في يومٍ رُدَّتْ شهادتُـه فيـه وَجَبَتْ عليـهِ الكفّارةُ عندنـا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وأجْمَعْنا على وُجوبِ الكفّارةِ مع قَبُولِ الشهادة، ولو واقَعَ قبلَ أداءِ الشهادةِ أو بعدَها وقبلَ الرَّدِّ فلَهُمْ فيه اختِلافٌ[٣].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ نَفْيَ الكفارةِ يَلْزَمُهُ إلغاءُ ما أوجبَ الشارعُ اعتِبـارَه، واللازِمُ مُمْتَنِع، وَبيانُ الملازَمة: هو أنّ الوِقاعَ في نهارِ رمضانَ عِلّةٌ لوُجوبِ الكفّـارة، ودَلِيـلُه ما رُوِي: أنّ أعرابِيًّا جاءَ إلى النبيِّ ﷺ فقال: هَلَكْتُ وَأهْلَكْت، فقال له عليه السلام: «ماذا صَنَعْتَ؟»، فقال: واقَعْتُ أهْلِي في نَهارِ رَمضان، فقال له: «أعْتِقْ رَقَبةً»[٤].

ذَكَرَ ذلِكَ جَوابًا لسُؤالِهِ، فيَكُونُ السُّؤالُ كالمُعادِ في جَوابِهِ، فكَأنّهُ قال: واقَعْتَ فكَفِّرْ.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٦٤. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٧٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٣٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٣٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٧٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٨٨.

(٣) «البيان» للعمراني، ٣: ٤٨٥. وقال سبط ابن الجوزي الحنفي: «ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته أو بعد أدائها قبل الرد، لا رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه». «وسائل الأسلاف»، ص٨٩.

(٤) تقدم تخريجه.

والشارعُ إذا رَتَّبَ الحُكْمَ على الوَصْفِ في كلامِه مع مُناسَبةِ الوصفِ للْحُكمِ دَلَّ على التعليلِ به، وقد وُجِدَ ذلِكَ فيما نحنُ فيه، وفي نَفْيِ الكفّارةِ مع وُجودِ إلْغاءِ ما دَلَّ الدَّليلُ على اعتِبارِه، وهو مُمْتَنِع.

فإنْ قِيل: سلَّمنا وُجودَ الوِقاع، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنه واقَعَ في نَهارِ رمضان، فإنَّهُ وإنْ كان جازِمًا برُؤْيةِ الهِلالِ إلا أنّ احتِمالَ الغَلَطِ قائِمٌ وهو ظاهِر، فإنّ اختِصاصَ الواحدِ بالرُّؤيةِ دُونَ جميعِ الناسِ مع مُساواتِهِمْ لَهُ في تَطَلُّبِ الهِلال، ومَعرِفةِ مَطلَعِهِ، ومُشارَكةِ كثيرٍ منهُمْ له في حِدّةِ النَّظَرِ؛ مِمّا تُحِيلُهُ العادة.

سلَّمنا أنهُ من رمضان، ولكِنْ في حقِّهِ لا في حَقِّ غيرِه، ولِهَذا فإنَّهُ لا يَجِبُ الصَّومُ على غَيرِه، وأنّ أحْكامَ الشَّعْبانِيّةِ باقيةٌ فيما يَرْجِعُ إلى التَّعلِيقاتِ في الأيْمان، وحُلُولِ الدُّيونِ المؤَجَّلة، وانتِهاءِ العِدَدِ، وغيرِ ذلِك، والكفّارةُ حيثُ وَجَبَتْ على الأعرابِيِّ بالوِقاعِ كان في رمضانَ حقيقةً بالنِّسبةِ إلى الكُلّ، وهو غيرُ موجودٍ فيما نحن فيه، فلا يَلزَمُ وجوبُ الكفّارة.

سلَّمنا أنه واقَعَ / في يومٍ من رمضانَ حقيقةً، غيرَ أنّ العِلّةَ الموَمى إلَيها إنّما هِيَ الوِقاعُ المتَّصِفُ بالهَلاكِ والإهْلاكِ على ما قال الأعرابِيّ: هَلَكْتُ وأهْلَكْت. [١٩/أ]

والإهْلاكُ غيرُ مُتَحَقِّقٍ فيما نحنُ فيه، فلا يكونُ الوِقاعُ عِلّةً.

سَلَّمْنا وُجودَ الموجِبِ للكفّارة، ولكِنْ إنّما يَلْزَمُ إلغاؤُهُ بنَفْيِ الكفّارةِ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ المعارِض، وبيانُ وُجُودِ المعارِض هو أنّ الكفّارةَ عُقوبةٌ على ما عُرِفَ في المسألةِ التِي قبلها فكانت حَدًّا، وقد وُجِدَتِ الشُّبْهةُ الدّارِئةُ لَها فلا تَثْبُت.

وبيانُ وجودِ الشُّبهةِ من ثلاثةِ أوْجُه:

الأوَّل: ردُّ الحاكِمِ شهادتَه، ومُستنَدُ الرَّدِّ يَكُونُ شُبْهةً.

الثّانِي: اختلافُ العلماءِ في وجوبِ صومِ هذا اليومِ على الرّائِي، حتَّى نَهاهُ الحسنُ البصرِيُّ وعثمان الليثِيُّ[1]، فكان شُبْهةً.

الثالِث: قولُه عليهِ السَّلام: «صَوْمُكُمْ يَوْمَ تَصُومُونَ»[2].

جَعَلَ الصَّومَ يومَ صَوْمِ الكُلّ، فلو كان هذا يومَ صومٍ مع أنّهُ ليسَ يومَ صومِ الكُلِّ كان المبتدَأُ أعمَّ من الخبر، وهو مُمْتَنِع، وذلِكَ وإنْ لَمْ يَمْنَعْ من وُجوبِ الصَّوْمِ فلا أقَلَّ من أنْ يكُونَ شُبْهةً.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ الواطِئَ يَعتقِدُ أنّ اليومَ الذِي جامَع فيه من رمضانَ بجَزْمِهِ برُؤْيةِ الهِلال، فكانَتْ عِلّةُ وجوبِ الكفّارةِ في اعتِقادِه حاصلةً، وإنْ لَمْ تكُنْ حاصلةً في ظَنِّ غيرِه، وذلِكَ كافٍ في مُؤاخَذَتِه بالوجوب، كما لو جامَع على ظَنِّ أنّ الصُّبْحَ قد طَلَع، فإنّهُ تَجِبُ عليهِ الكفّارةُ وإنْ لَمْ يكُنِ الصُّبحُ في ظُنُونِنا طالِعًا، وبهذا دُفِعَ السُّؤالُ الذِي بَعدَه.

وعن الثالث: أنّ الإهلاكَ غيرُ مُعتبَرٍ في التعليل، بدَلِيلِ ما لو جامَع امرأةً مُفْطِرةً، وعنْ سُؤالِ الشُّبْهة: بمَنْعِ كـونِ الكفّارةِ عقوبةً، على ما سَبَقَ في مسألـةِ الإفطارِ بالأكلِ والشُّرب، وإنْ سلَّمنا أنها عقوبةٌ فلا نُسَلِّمُ تَحقُّقَ الشُّبْهة.

---

(١) الذي في النسخة: عثمان الليثي، ولعله وهم، والصواب عثمان بن مسلم البَتّيُّ الكوفي البصري، فهو الذي يُعرَف عنه هذا القول، قال ابن سعد: «له أحاديث، كان صاحب رأي وفقه». «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٩١. «سير أعلام النبلاء» للذهبي، ٦: ٢٩١.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، باب ما جاء في أنّ الفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحون، ٦٩٧. وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن غريب». «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام، ٢١٨٠.

وجوابُ الوجهِ الأوَّل: بمَنْعِ ردِّ الحاكمِ لشهادَتِه، وإنّما لمْ يُحْكَمْ بها؛ لعَدَمِ تَغْلِيبِها على ظَنِّه، ولِهَذا لو شَهِدَ معهُ آخَرُ جازَ لهُ العَمَلُ بشَهادَتَيْهما.

وعن الثّانِي: أنّ اختِلافَ العلماءِ في نَفْسِ العقوبةِ لا يَكُونُ شُبْهةً، كاختِلافِهِمْ في قَتْلِ الجماعةِ بالواحِد، فاختِلافُهُمْ في سَبَبِ العقوبةِ أَوْلَى أنْ لا يَكُونَ شُبْهةً.

[ب/١٩] **وعن الثالث**: أنّ راوِيَ الخَبَرِ[١] الواقِدِيُّ[٢]، وهو ضعيفٌ عند المحَدِّثين. وقد قال الشافعيّ: «جميعُ كتُبِ الواقِدِيِّ كَذِبٌ»[٣]، والله أعلم.



---

(١) رواية الواقدي في «سنن الدارقطني»، والحديث في «سنن الترمذي»، كذلك وليس فيه الواقدي، وقال الترمذي: «حسن غريب». «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، ٦٩٧.

(٢) محمد بن عمر بن واقد الواقدي قاضي العراق، قال البخاري وغيره: «متروك»، مات في ذي الحجة، ٢٠٧هـ. «الكاشف» للذهبي، ٢: ٢٠٦. وقال الدارقطني: «مختلف فيه، فيه ضعفٌ بيِّنٌ في حديثه». «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي، ٣: ١٣٠.

(٣) «الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم، ص٢١.

[١٨] ـ مسألة [المجنون يفيق في نهار رمضان]

المجنونُ إذا أفاق في أثناءِ شهرِ رمضان لا يَلزَمُه قضاءُ ما مَضَى عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنما قلنا ذلك لأنّ لازِمَ الوجوبِ مُنتَفٍ، فلا وجوب، وبيان ذلك أنّ لازِمَ الوجوبِ وجودُ سببِ الوجوب، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: إنّما يكونُ الأصلُ عدمَه أنْ لَوْ كان أمْرًا وُجودِيًّا، وأمّا إذا كان عَدَمِيًّا فالأصلُ بَقاؤُه، فلِمَ قُلْتُمْ: إنّهُ وُجُودِيٌّ؟

سلَّمنا أنّ الأصلَ عَدَمُ السبب، غيرَ أنّهُ قدْ دَلَّ الدَّليلُ على وُجودِه، وبيانُ ذلِكَ هو أنّ الصومَ واجبٌ على المجنُونِ ولَمْ يَأْتِ به، فوَجَبَ عليهِ القضاءُ كالنّائِمِ والمُغْمَى عليه.

وبيانُ وُجوبه عليهِ قولُهُ تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ ﴾ [البقرة: ١٨٣]، أيْ: فُرِضَ فرْضُ الصَّوْمِ على كُلِّ مُتَّصِفٍ بصِفةِ الإيمان، والمجنونُ مُتَّصِفٌ بالإيمان، فكان داخِلًا تَحْتَ الخِطاب، وإذا كان الصَّوْمُ واجِبًا عليهِ وَلَمْ يَأْتِ به ناسَبَ وُجوبَ القضاءِ عليه، استِدْراكًا لما فاتَ من مَصْلَحةِ الصَّوْمِ الواجِب، وأصْلُه ما ذَكَرْناه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٧١. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٨٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٣٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٣٦. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٦٩. «وسائل =

سلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُموه على نَفْـي الوجوب، لَكِنَّهُ معارَضٌ بقَولِه تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، عَمَّمَ وُجوبَ القَضاءِ في حقِّ كُلِّ مَرِيض، والمجنونُ مَرِيضٌ لاختِلالِ مِزاجِه، ولِهذا قال الشّاعِر:

وأصْعَبُ أمراضِ النفوسِ جُنونُها

إلا أنّا خالَفْناهُ في الجُنونِ المستَغرِق، فوَجَبَ العَمَلُ به فيما وَراءَه، وبقَولِه تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، والمجْنُونُ قدْ شَهِدَ الشَّهر، فوَجَبَ عليهِ صومُه.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ الوَصْفَ العَدَمِيَّ وإن كان الأصلَ بَقاؤُه، غيرَ أنّ الأصلَ عدمُ تأثيرِه.

وعن الثّاني: بمَنْعِ وُجوبِ الصَّومِ على المجْنُون، والآيةُ فإنّما تكونُ مُتَناوِلةً للمجنونِ أنْ لَوْ كان فاهِمًا لِخِطابِ الشّارِع، وليسَ كذلِك.

ثمَّ هِيَ مُعارَضةٌ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثلاثةٍ[١]: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغ، وعَنِ النّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظ، وعَنِ المجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ»[٢].

[٢٠/أ] **والمرادُ برَفْعِ القَلَم**: رَفْعُ الأحكامِ المكتوبةِ بِهِ ، فعَبَّرَ بهِ عنها.

= الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص١٠١.

(١) قال التَّقيُّ السُّبكيُّ: «الذي وقع في جميع الروايات ثلاثة بالهاء، وفي بعض كتب الفقهاء ثلاث بغير هاء، ولم أرَ له أصلًا». «التيسير بشرح الجامع الصغير» للمناوي، ٢: ٣٥.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ١٤٢٣. وقال الترمذي بعده: «حسن غريب من هذا الوجه». «سنن أبي داود»، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا، ٤٣٩٨. «سنن ابن ماجه»، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٢٠٤١.

والخبرُ وإنْ كان من الآحادِ إلا أنّهُ ساوَى المجنونَ لخُصُوصِه، والآيةُ متناوِلةٌ لَهُ بعُمُومِ كَوْنِهِ مُؤْمِنًا، والخاصُّ مُقَدَّمٌ على العامّ، ولِأنّهُ على وَفْقِ البراءةِ الأصلِيّة، والآيةُ على خِلافِه فكان أوْلَى.

وعن الآيةِ الثانية: أنّها أوجَبَتِ الصَّومَ على مَنْ شَهِدَ الشَّهر، والأصلُ حَمْلُهُ على حقيقَتِه، وهو شهادةُ كلِّ الشهر، والمجنونُ لمْ يَشْهَدْ كُلَّ الشهرِ بلْ بعضَه، فلَزِمَهُ صومُ ما شَهِدَ دُونَ ما لَمْ يَشْهَدْ، واللهُ أعلم.



[١٩] ـ مسألة [الشروع في التطوّع لا يلزمه]

إذا شرَع في عبادةٍ تَطَوُّعًا لا يَحْرُمُ عليهِ الخروجُ منها، ولا يَجِبُ عليهِ القضاءُ بالخروجِ منها عندنا(١)، خلافًا لأبي حنيفة(٢).

واجتَمعنا على حُرمةِ إفسادِ الحَجّ، وعلى وجوبِ قضائِه بإفسادِه، وعلى عدمِ ذلِك فيما لو شَرَعَ في عبادةٍ على ظَنِّ أنها واجبةٌ، ثمَّ تَبيَّنَ عدمُ الوجوبِ في أثنائِها.

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالحُكْمَينِ المذكُورَينِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عدمُه.

فَإنْ قِيل: إنّما يَلْزَمُ ذلِك أنْ لَوْ كان الدليلُ وُجُودِيًا، وإلا فلا، وإنْ كان كما ذكرتُمُوه إلا أنّ القولَ بنَفْيِهما يَسْتَدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

ثُمَّ دليلُ ثُبوتِ الحُكمَين: أمّا تَحرِيمُ الخُرُوج فلِأنّهُ يَلْزَمُ مِنه إبطالُ ما مَضَى من العبادة، وإبطالُ العبادةِ مُحَرَّم؛ لقولِه تعالى: ﴿ وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ ﴾ [محمد:٣٣]، والمرادُ بالإبطالِ إحباطُ الثَّمرةِ والفائدة، لا نَفْسُ إبطالِ العملِ حقيقةً، فإنّهُ عَرضٌ يتَجدَّدُ ويَنعَدِمُ بنفسِه، فلا يُتَصَوَّرُ إعدامُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٣٧٤. «الاصطلام» للسمعاني، ٢: ١٩٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٤١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٣٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٧٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٩١.

ولِهذا قالت عائشة: «أعْلِمُوا زَيْدَ بْنَ أرْقَمَ أنّهُ أبطلَ حَجَّهُ وجِهادَهُ مع رسولِ اللهِ ﷺ»(١).

أي: ثمرتَه وفائدتَه، وبِهذا المعنى كانتِ الرِّدّةُ مُحبِطةً للعمل، لا بمعنى أنّها مُعدِمةٌ لما وُجِدَ من الفعلِ حَقِيقةً.

وبيانُ إبطالِه لما مَضَى من العبادةِ أنّ ما وُجِدَ منهُ صوم، ودليلُه صِحّةُ إطلاقِ الصَّومِ عليه، وأنّهُ لو حَلَفَ أنه لا يَصُومُ فشَرَعَ في الصَّومِ حَنَث، وإذا كان صائمًا كان مُثابًا عليه؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلصَّٰٓئِمِينَ وَٱلصَّٰٓئِمَٰتِ ... أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٣٥]، وبِخُروجِه من الصَّومِ أبْطَلَ ثوابَه.

ودليلُهُ عَدَمُ النقلِ عن أحدٍ من السَّلَفِ التطوعُ بصَوْمِ بعضِ يوم، وليسَ ذلِك إلا لعَدَمِ ثَمرتِه، وإن سلَّمنا أنّ ما مَضَى لم يَكُنْ مُثابًا عليه، إلا أنهُ قد صار بالشُّروعِ / بعَرضِيّةِ الثواب، وقد أبْطَلَ هذِه العرضيةَ فكان داخِلًا تحتَ عُمومِ النَّهي.

سلَّمنا أنّه غيرُ مُبْطِلٍ لما مَضَى من العِبادة، إلا أنّهُ بالشُّروعِ في العِبادةِ صارَتْ واجبةً عليه، وتَرْكُ الواجبِ مُحَرَّم، ودَليلُ الوُجوبِ أمْران:

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٣٠٠٢. وقال الدارقطني بعده: «أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما»، وسبب قول عائشة هذا ما ورد عند الدارقطني: «عن العالية قالت: خرجت أنا وأم محبة إلى مكة، فدخلنا على عائشة فسلَّمنا عليها، فقالت لنا: من أنتن؟ قلنا: من أهل الكوفة، قالت: فكأنها أعرضت عنا، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين، كانت لي جارية، وإني بعتها من زيد بن أرقم الأنصاري بثمان مئة درهم إلى عطائه، وإنه أراد بيعها، فابتعتها منه بست مئة درهم نقدًا، قالت: فأقبلت علينا، فقالت: بئسما شريتِ وما اشتريت، فأبلغي زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت لها: أرأيت إن لم آخُذ منه إلا رأس مالي؟ قالت: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]».

الأوَّل: هو أنّ الأصلَ في كلِّ العِباداتِ أنْ تكُونَ واجِبةً، عَمَلًا بقولِه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ﴾ [النساء: ١]، أمْر، والأمْرُ ظاهِرٌ في الوُجوب، غيرَ أنّا خالَفناهُ فيما قبلَ الشُّروعِ في العِبادة؛ لتَعَذُّرِ استِيعابِ الأوقاتِ بالعِبادات، فبَقِينا فيما بعدَ الشُّروعِ على مُقتَضى الأصل.

الثّانِي: هو أنّ الشُّروعَ في العِبادةِ دَليلُ العَزْمِ على الفِعْل، فكان مُقْتَضِيًا للوُجوبِ كالقَوْلِ بالنَّذْر، ولِهذا سَوَّيْنا بينهُما في الحَجّ.

وأمّا وُجوبُ القضاءِ فيَدُلُّ عليهِ ما رُوِيَ عن عائشةَ أنّها قالت: «كنتُ وحَفْصة صائِمتَيْنِ فأُهْدِيَ لنا طعامٌ فاشْتَهَيْناهُ فأكَلْنا منه، فلمّا دَخَلَ رسولُ اللهِ ﷺ بادَرَتْ حفصةُ وقَصَّتْ عليهِ القِصّة، فقال: «اقضِيا يومًا مَكانَهُ»[١].

وأيضًا ما رُوِيَ أنّهُ صُنِعَ لرَسُولِ اللهِ ﷺ ولِبَعْضِ أصحابِه طعام، فقالَ واحِدٌ منهُمْ: إنِّي صائِم، فقال عليهِ السَّلام: «أفْطِرْ، وَصُمْ يومًا مَكانَهُ»[٢].

وأيضًا ما رُوِيَ عن عائشةَ أنّها قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رسولُ اللهِ ﷺ وقال: «إنِّي صائِمٌ»، وكان قَدْ أُهْدِيَ لَنا حَيْس، فقال: «إنِّي آكُلُ، وَأَصُومُ يومًا مَكانَهُ»[٣].

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، باب ما جاء في إيجاب القضاء عليه، ٧٣٥. «سنن أبي داود»، كتاب الصوم، باب من رأى عليه القضاء، ٢٤٥٧. قال ابن حجر العسقلاني: «قال الخلالُ: اتفق الثِّقاتُ على إرسالِه، وشذَّ من وصَلَه، وتوارَدَ الحُفّاظُ على الحكمِ بِضعفِ حديثِ عائشةَ هذا، وقد رواه مَن لا يوثَقُ بهِ عن مالِكٍ مَوصولًا. ذكَرَهُ الدارقطنيُّ في غرائب مالك». «فتح الباري بشرح صحيح البخاري»، ٤: ٢١٢.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام، ٢٢٣٩. وقال الدارقطني: «هذا مرسل»، قال ابن حجر: «في إسناده راوٍ ضعيف لكنه توبِعَ». «فتح الباري» لابن حجر، ٩: ٢٤٨.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب الصيام، ٢٢٣٧. قال الدارقطني بعده: «لم يَروِه بهذا اللفظِ عنِ =

والجوابُ عن السؤالِ الأوَّل: ما سَبَقَ في المسألةِ التي قبلها.

وعن الثاني: أنّ النفيَ الأصلِيَّ كافٍ في النَّفي، وهو الأصل، بخلافِ الإثبات.

وعن دليلِ تحريمِ الخروجِ بمَنعِ كونِ ما أتى بِهِ صَومًا حَقِيقةً، والإطلاقُ كان بطريقِ التَّجَوُّزِ نَظَرًا إلى المآل، ودليلُ التَّجَوُّزِ سبيلُهُم [في] انتفاءِ الثوابِ عنهُ بتقديرِ الخروجِ منه، والأصلُ انتفاؤُه لانتفاءِ مَلزُومِه لا للمُبطِل، والحكمُ ممنوعٌ على رأيٍ لنا.

وعلى هذا فالأصلُ إنما هو تنزيلُ الآيةِ على الصَّومِ الحقيقِيِّ دُونَ المجازِيّ، وإن سلَّمنا أنّه مُثابٌ عليه، ولكنْ لا نُسَلِّمُ أنّه بالخروجِ من الصَّومِ مُبطِلٌ لثَوابِ ما مَضَى؛ فإنّ الصومَ عندنا قابِلٌ للتَّجْزِيء.

[أ/ ٢١] وعدمُ نقلِ التَّطوُّعِ بصَومِ بعضِ اليوم عن السَّلَفِ لا يَدُلُّ على أنهُ غيرُ مُثـابٍ عليه؛ فإنّهُم لمْ يُنقَلْ عنهُمْ أنّهُمْ تَصَدَّقُوا بحَبّةٍ من البُرّ، وإنْ كان ذلِكَ مُثابًا عليهِ؛ لقولِه تعالى: ﴿فَمَن يَعۡمَلۡ مِثۡقَالَ ذَرَّةٍ خَيۡرٗا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: ٧].

وعن قولِهِمْ: إنّهُ مُبطِلٌ للْعَرضِيّة، لا نُسَلِّم، بل ذلِك ترْكُ الإتمام، والتَّرْكُ لا يَكُونُ إبْطالًا، وعن قولِهم: إنّ الصومَ بعد الشُّروعِ واجب، لا نُسَلِّمُ ذلِك، والآيةُ وإنْ كانت عامّـةً في الأشخاص فغَيـرُ عامّـةٍ في كُلِّ عِبادة، وإن كانت عامّةً في كلِّ عبادة فغَيْرُ عامّةٍ بالنَّظَرِ إلى كُلِّ حالةٍ وزَمانٍ، وإن كانت عامّةً مُطلَقًا، لكِنْ يَجِبُ تَخْصِيصُ مَحَلِّ النِّزاعِ عنها، وإلا كان جوازُ الإفطارِ عندما[1] إذا دُعِيَ إلى وليمةٍ على خِلافِ الدَّليل.

= ابنِ عيينةَ غيرُ الباهليِّ، ولم يتابَع على قولِه: «وأصومُ يومًا مكانَه»، ولعلَّه شُبِّهَ عليه ـ والله أعلم ـ لِكثرةِ مَن خالفهُ عنِ ابنِ عيينة».

(١) كذا ورد في المخطوط، ولعله وهم من الناسخ، والصواب: «جواز الإفطار عندنا إذا دعي... إلخ».

وعنْ قولِهم: إنّ الشُّروعَ دليلُ الوجوبِ، غيرُ مُسَلَّم، والنَّذرُ فإنّما كان مُقْتَضِيًا للوُجوب؛ لاقترانِه بكَلِمةِ «عَلَيّ»، وهِيَ دالّةٌ على الوُجوب، ولِهَذا لوْ قال: لفُلانِ عَلَيَّ دراهِم، كان ذلِك مُقْتَضِيًا للْوُجوب، وذلِكَ غيرُ مُتَحَقِّقٍ في الشُّرُوعِ بالفِعْل، ولِأنّ دلالةَ القَولِ أقْوَى من الفِعل؛ لافتقارِ الفِعلِ إلى القَرائِنِ بخلافِ القول.

وإنْ سلَّمنا دلالةَ الفِعل على الوجوب، لَكِنْ فيما وُجِدَ لا فيما لمْ يُوجَدْ، وحيثُ سَوَّيْنا بينَ الشُّروعِ والنَّذْرِ في الحجّ، إنّما كان تحصِيلًا لما فيه من زِيادةِ الثَّواب، بسَبَبِ ما فيه من زِيادةِ المشَقّةِ التِي لا يُشارِكُه فيها شَيءٌ من العبادات، على ما قال عليه السلام: «ثوابُكِ على قَدْرِ نَصَبِكِ»[1].

ولِأنّ الحجَّ نادِر، فلا يَلزَمُ مِنِ التِزامِ القضاءِ فيه وتحريمِ الخروجِ منهُ مع مَشقَّتِهِ التزامُ ذلِكَ فيما يَقَعُ من العباداتِ غالِبًا؛ نَفْيًا للْحَرَجِ المنفيِّ بقولِه تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

كيفَ وأنّ ما ذكرُوه مُعارَضٌ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ قال: «الصّائِمُ المتَطَوِّعُ أمِيرُ نَفْسِه؛ إن شاءَ صام، وإن شاءَ أفْطَرَ»[2]؟

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الحج، باب المواقيت، ٢٧٢٩. بلفظ «إنّ لكِ مِنَ الأجرِ قدرَ نَصَبكِ ونَفَقَتِكِ». ونحوه في «الصحيحين»؛ البخاري، أبواب العمرة، باب أجر العمرة على قدر النَّصَب، ١٧٨٧، مسلم، كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام، ١٢١١، عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب الصوم، باب ما جاء في إفطار الصائم المتطوع، ٧٣٢. قال الترمذي بعده: «في إسناده مقال». قال المباركفوري: «قوله: في إسناده مقال؛ فإنّ في سندِه سِماك، وقد اختلف عليه فيه، وقال النَّسائيُّ: «سِماك ليس يعتمد عليه إذا انفرد»، وفي إسناده أيضًا هارون بن أم هانئ، قال ابن القطان: «لا يعرف». وقال الحافظ في التقريب: «مجهول». «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي»، ٣: ٣٥٦.

وعن الأخبارِ الدالّةِ على وجوبِ القضاء؛ أما الأوَّل: فيَرْوِيهِ الزُّهرِيُّ[١] عن عائشةَ ولَمْ يَلْقَها[٢]، فكان مُرسَلًا.

وأما الثّانِي: فيَرْوِيهِ إبراهيمُ بنُ عُبَيْدٍ[٣] عن أَبِي سَعِيدٍ[٤] ولَمْ يَلْقَهُ[٥]، فكان مُرْسَلًا.

وأمّا الثّالِث: فقَد انفرَدَ بِهِ محمدُ بْنُ عُمَيْرٍ الباهِلِيّ[٦]، وخالَفَهُ فيه سائِرُ

(١) محمد بن مسلم بن شهاب الزهري (ت١٢٤هـ)، فقيه حافظ، متفق على جلالته وإتقانه. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص٥٠٦.

(٢) لم يذكر مترجمو الزهري روايته عن عائشة، ويستحيل لقاؤهما باعتبار القول الثاني في تاريخ مولده، فالقول الأول ٥١ للهجرة، والقول الثاني ٥٨ للهجرة، وهو عام وفاة عائشة رضي الله عنها، «سير أعلام النبلاء» للذهبي ٥: ٣٢٦. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٩: ٤٤٥.

(٣) إبراهيم بن عبيد بن رفاعة الأنصاري، تابعي ثقة، روى عن جماعة منهم أنس وجابر وعائشة، روى عنه جماعة منهم عياض الفهري وابن جريج وابن أبي ذئب، قال أحمد: «ليس بمشهور بالعلم»، قال أبو حاتم: «هو كما قال». «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ١: ١٤٣.

(٤) سعد بن مالك بن سنان الأنصاري الخزرجي (ت٧٤هـ)، صاحب رسول الله ﷺ، استُصغِر يوم أحد، وشهد بعد ذلك اثنتي عشرة غزوة، أفقه أحداث الصحابة، روى عن رسول الله ﷺ، وعن جماعة من الصحابة، منهم أبوه وأخوه لأمه قتادة بن النعمان والخلفاء الراشدون، وروى عنه خلائق لا يُحصَون. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٣: ٤٧٩.

(٥) قال ابن حجر: «روايته عنه في «المعجم الكبير» للطبراني، وذكره عبدان في الصحابة معلقًا بحديث له رواه عن أبي سعيد الخدري جاء عنه من طريق أخرى مرسلًا نبَّه عليه أبو موسى في الذيل». «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ١: ١٤٤.

(٦) محمد بن عمير وهم من الناسخ، وإنما هو محمد بن عمر بن فيروز الباهلي البصري، قال أبو زرعة: «شيخ فيه لين»، وقال أبو حاتم: «صدوق قد يهم»، وقد ذكره ابن حبان في الثقات. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٩: ٣٦٠.

الثِّقات[١]، فلا يَكُونُ شيءٌ مِنها حُجّة.

وإن سلَّمنا أنّها حُجّة لكنْ يجِبُ حملُها على الاستحباب؛ جَمْعًا بينَها وبينَ ما ذكرناهُ من المعنى، وبينَ ما رَوَتْ أمُّ هانِئ[٢] أنّها قالت: «دَخَلَ عَلَيَّ رسولُ اللهِ ﷺ، فأُتِيَ بقَدَحٍ من شَرابٍ فشَرِبَ منه، ثُمَّ ناوَلَنِيهِ فشَرِبْتُ منه، ثُمَّ قلتُ لَه: إنِّي كُنتُ صائِمةً فكَرِهْتُ أنْ أرُدَّ سُؤْرَك، فقال: «غَيْرُ فرْضٍ؟»، قلت: لا، فقال: «اقضِي يومًا مَكانَهُ إنْ شِئْتِ»[٣]، واللهُ أعلم.



(١) تقدم قول الدارقطني: «لم يروه بهذا اللفظِ عنِ ابنِ عيينةَ غيرُ الباهليِّ، ولم يتابَع على قولِه: «وأصومُ يومًا مكانَه»، ولعلَّه شُبِّهَ عليه ـ والله أعلم ـ لِكثرةِ مَن خالفهُ عنِ ابنِ عيينة».

(٢) فاختة بنت أبي طالب الهاشمية، بنت عم رسول الله ﷺ، أسلمت يوم الفتح، ودخل رسول الله ﷺ إلى منزلها يوم الفتح وصلى عندها ثماني ركعات، عاشت إلى ما بعد سنة خمسين للهجرة. «سير أعلام النبلاء» للذهبي، ٢: ٣١١.

(٣) «السنن الكبرى» للنسائي، كتاب الصيام، ذكرُ حديث سِماك، **٣٢٩١**. قال ابن حجر العسقلاني: «رواه النسائي من حديث حماد بن سلمة، عن سماك، عن هارون بن أم هانئ بهذا، ورواهُ مِن طرقٍ أُخرى، وليس فيها قوله: فإن شئتِ فاقضيه. ورواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، والدارقطني، والطبراني، والبيهقي، من طرق عن سِماك، واختلف فيه على سماك، وقال النسائي: سِماك ليس يعتمد عليه إذا تفرَّد، وقال البيهقي: في إسناده مقال، وقال ابن القطان: هارون لا يُعرَف». «التلخيص الحبير»، ٢: ٤٠٢.

مسائل البيع

[٢٠] ـ مسألة [بيع ما لم يره العاقدان]

بيعُ ما لَمْ يَرَهُ العاقِدانِ أَوْ أحدُهُما لا يَصِحُّ عِندَنا[١]، على القَوْلِ المنصُورِ في الخلاف[٢]، والقولُ الثانِي ـ وهو مذهبُ الخَصمِ[٣] ـ: أنّهُ يَصِحّ، ويَثْبُتُ فيه خِيارُ الرُّؤيةِ[٤]، ولنا فيما إذا استَقْصَى الصِّفاتِ قَولانِ[٥].

ومحلُّ النِّزاعِ ما ذَكَرَ النَّوعَ والجِنس، ولو خَلا العقدُ عن ذلِكَ فهو باطلٌ إجماعًا.

وإنّما قلنا ذلك لأنّ القولَ بالصِّحةِ يَلْزَمُ مِنه إلغاءُ ما دَلَّ الدَّلِيلُ على اعتِبارِه، وهو مُمْتَنِعٌ فلا صِحّة، وبيانُ الملازَمةِ هو: أنّ صِحّةَ البيعِ في مَحَلِّ النِّزاع تُوجِبُ كَوْنَهُ مُعَلَّلًا بالوَصْفِ المشترَكِ بَينَهُ وبينَ بَيْعِ المرْئِيِّ من التَّصَرُّفِ الصَّادِرِ من الأَهْلِ في المحَلّ، ضرورةَ مُناسبَتِهِ وقِرانِ الحكمِ به، وعدمِ اختِصاصِ مَحَلِّ النِّزاعِ بما لَهُ مَدْخَلٌ في التَّعلِيلِ؛ إذِ الأصلُ عَدَمُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٨٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٧٠.

(٢) قال العمراني: «والثاني: لا يصح البيع، وهو قولُ الحكمِ وحمّادٍ، وهو الصحيح». «البيان»، ٥: ٨٠.

(٣) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٧٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٤٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٤٥.

(٤) «البيان» للعمراني، ٥: ٨٠.

(٥) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

واستقلالُ ذلِك في مَحَلِّ النِّزاعِ بالتَّعلِيلِ يُوجِبُ استِقلالَهُ في بَيعِ المرْئيِّ، ويَلْزَمُ من ذلِكَ إخراجُ وصفِ الرُّؤيةِ عن كونِهِ داخِلًا في التَّعلِيلِ مع مُناسَبتِه للْحُكم، من حيث إنه أدَلُّ على معرفةِ ما يَشتَمِلُ عليهِ التَّصرُّفُ من المصلحةِ والمفسدة، بسَبَبِ الاطِّلاعِ على صفاتِ المبيع، والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقِهِ، وهو دليلُ اعتبارِه، وإذا ثَبَتَتِ الملازَمةُ فلا يَخْفَى امتِناعُ اللازِم، ويَلزمُ مِنِ امتناعِه امتِناعُ الملزُوم.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ الملازَمة، قولُكم: يَجِبُ استقلالُ الوصفِ المشترَكِ بالتَّعليل، إنّما يَلزَمُ أن لَوْ لَمْ يَخْتَصَّ مَحَلُّ النِّزاعِ بمعنًى لا وُجودَ لَهُ في الأصلِ يَقُومُ مقامَ وصفِ الرُّؤية، وليس كذلِك؛ فإنّه يجِبُ اعتِقادُ اختِصاصِ [٢٢/أ] الفرعِ بذلِك، حتَّى لا يُفضِي إلى ما ذكرتُمُوه من المحذُور.

سلَّمنا استِقلالَ الوصفِ المشترَكِ بتعليلِ حُكمِ الصِّحّةِ في الأصلِ والفَرْع، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّ الرُّؤيةَ مُناسِبةٌ للصِّحّةِ حتى يَلزَمَ مِمّا ذكرتُمُوه إلغاؤُها، وإنّما هِيَ مناسِبةٌ للُّزُوم.

وذلِك لأنّ بيعَ المرئِيِّ يَشتمِلُ على حُكمَينِ، وهما: الصِّحة، واللُّزوم، وعلى وَصفَينِ، وهما: أصلُ التصرُّف، والرُّؤية، ومَجموعُ الوصفَينِ لو ناسَبَ الصحةَ لَكان المقصودُ مِنهُما حاصِلًا بترتِيبِ حُكْمِ الصِّحّةِ على وَفْقِهِما؛ إذ هو معنَى مناسَبةِ الوصفِ للْحُكم.

ويَلزَمُ من ذلِك أنْ لا يَكُونا ولا واحِدٌ مِنهُما مُناسِبًا للُّزُوم؛ لأنّ معنَى مُناسَبَتِهِما للُّزُومِ أنّ المقصودَ مِنهُما يَحصُل بتقدِيرِ ترتِيبِ حُكْمِ اللُّزومِ عليهِما، وفيه تَحصيلُ الحاصِل، ضرورةَ حصولِ مقصودِهما من ترتيبِ حكمِ الصحةِ عليهِما، وهو مُمْتَنِع.

وذلِكَ يَجُرُّ إلى امتِناعِ ثُبوتِ حُكْمِ اللُّزوم، وأن يكونَ غيرَ مُعَلَّل، ضرورةَ خُلُوِّ الأصلِ عمّا عَدا المذكورَين، وهو مُمْتَنِع، فلَمْ يَبْقَ إلا أنْ تكونَ الصِّحّةُ مُعَلَّلةً بأحَدِ الوَصفَين، واللُّزومُ بالآخَر، وتعليلُ الصحةِ بأصلِ التصرُّف، واللُّزومِ بالرُّؤية، تَرْتِيبًا للأصلِ من الحُكمَينِ على الأصلِ من الوصفَين، والتابعِ على التابع.

سَلَّمنا أنّ وَصفَ الرُّؤيةِ مناسِبٌ للصِّحّة، ولكنْ إنما يَلزَمُ إلغاؤُها بما ذكرتُمُوهُ أن لَوِ امتَنَعَ تعلِيلُ الحكمِ الواحِدِ في مَحَلٍّ واحدٍ بعِلَّتَيْنِ، وهو غيرُ مُسَلَّم.

سَلَّمْنا لُزُومَ إلغائِها، لكِنَّه مُعارَضٌ بما يَلزَمُ من إلغاءِ الوصفِ المشترَكِ في الفرع، ضرورةَ إدراجِ الرُّؤيةِ في التعلِيل، وليس أحَدُ الإلغاءَينِ أوْلَى من الآخَر، بَلِ اعتِبارُ الوَصفِ المشتَرَكِ أوْلَى؛ لما يَلْزَمُه من تَعدِيةِ العِلّةِ والقُصورِ في مُقابِلِه.

سَلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُمُوه على امتِناعِ الصِّحة، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بقَولِه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وبقولِه عليهِ السَّلام: «منِ اشترَى ما لَمْ يَرَهُ فهو بالخِيارِ إذا رَآهُ»(١).

ثَبَّتَ الخِيارَ عند الرُّؤية، وهو دليلُ الصحة.

الجوابُ عن السؤالِ الأوَّل: أنّهُ يَلْزَمُ مِمّا ذَكَرُوهُ مع كَونِ الأصلِ عَدَمَه، أنْ يَكُونَ الحُكْمُ في الفَرعِ غيرَ مَعقُولِ المعنَى؛ حيثُ اعتُقِدَ تعلِيلُه بما لَمْ يَظهَرْ، [ب/٢٢] فهو خِلافُ الأصل.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٨٠٥. وقال الدارقطني: «وهذا باطلٌ لا يصِحّ، لم يَروِها غيرُه، وإنما يُروَى عنِ ابنِ سيرينَ مَوقوفًا مِن قولِه».

وعن الثّانِي: بمَنْع ما ذكرُوه في تفسِيرِ المناسِب، بلِ المناسِبُ عِبـارةٌ عمّـا لو رُتِّبَ الحُكمُ عليـهِ أَثَّرَ في تحصيلِ مقصُودِه، وهو أعَمُّ من المسْتَقِلِّ بحُصُولِ المقصود، وعلى هذا فلا يَمْتَنِعُ أنْ يَكُونَ مَجمُوعُ الوصفَينِ يُناسِبُ كلَّ واحدٍ من الحُكمَين.

وعن الثالثِ والرابع: ما سبَقَ في مسائِلِ العبادات.

وعن المعارَضةِ بالآية: بأنّه يَجِبُ حَمْلُ الحِلِّ فيها على مَعْرِفةِ أنّهُ لا ضَرَرَ فيه، وذلِكَ لا يَدُلُّ على الصِّحّة، جَمْعًا بَيْنَ الآيةِ وما ذكرناهُ من الدَّلِيل.

وعن الخَبَر: بقَوْلِ الدّارَقُطْنِيّ: بأنّ مَدارَهُ على عُمرَ بنِ إبراهيمَ الكُرْدِيِّ[1]، وهو وضّاعُ الأحاديثِ[2]، والله أعلم.



(١) عمر بن إبراهيم أبو حفص الكردي، روى عن عبد الملك بن عمير، وابن أبي ذئب، وشعبة، قال الدارقطني: «كان كذابًا يضع الحديث»، وقال ابن حبان: «روى عن الثقات ما لم يحدثوا به قط، لا يجوز الاحتجاج بخبره»، وقال أبو بكر الخطيب: «كان غير ثقة، يروي المناكير عن الأثبات». «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي، ٢: ٢٠٤.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٨٠٥.

[٢١] ـ مسألة [خيار المجلس]

خِيارُ المجلِسِ ثابِتٌ عندنا في عَقْدِ البيعِ، وفي غيرِه من عُقودِ المعاوَضاتِ المحْضةِ[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلِك لأنّه لو كان البيعُ مُنعقِدًا لازمًا لَما كان بالشَّرْطِ مُنعقِدًا جائِزًا واللازِمُ مُمْتَنِع، وبَيانُ الملازمةِ أنّهُ لوِ انعقدَ لازِمًا إمّا أنْ يكونَ ذلِكَ مُقتَضى العقد، أو ما هو خارِجٌ عنه، أو مَجموعَ الأمرَين، والخارِجُ الأصلُ عَدَمُه، فبَقِيَ أنْ يَكُونَ ذلِكَ مُقتَضى العقد، ويَلْزَمُ من ذلِكَ امتِناعُ انعقادِه جائزًا بالشَّرط؛ لأنّ كُلَّ شَرْطٍ خالَفَ مُقتَضى العَقْدِ فهو باطِلٌ أو مُبْطِلٌ إجماعًا، واللازِمُ مُمْتَنِعٌ بالإجماع.

فإن قِيل: ما المانِعُ أنْ يَكونَ اللُّزومُ مُقتَضى الرُّؤيةِ على ما قَرَّرناهُ في بيعِ الغائِبِ، وهو مَوجودٌ خارِجَ العَقْد، وبِهِ إبطالُ ما ذكرتُمُوه من الملازَمة؟

سلَّمْنا عَدَمَ كُلِّ مَوجودٍ سِوَى العَقْد، ولَكِنْ ما المانِعُ أنْ يَكُونَ مُستنِدًا إلى وَصْفٍ عَدَمِيٍّ؟ بأنْ يَكُونَ ظاهِرًا مُنْضَبِطًا يُلازِمُه ما يَصْلُحُ أن يَكُونُ مَقصُودًا للشّارِع، وَإنِ امتَنَعَ كَوْنُ العَدَمِ باعِثًا فما المانِعُ من كونِه عِلّةً بمَعنَى الأمارة؟

سلَّمنا امتِناعَ التَّعليلِ بالعَدَم، لكِنْ بالنِّسبةِ إلى الحُكمِ الثُّبوتِيِّ دُونَ النَّفي، واللُّزومُ حكمُ نَفْيٍ، فإنّ حاصِلَهُ يَرجِعُ إلى امتِناعِ اعتبارِ فسخِ كلِّ واحِدٍ من العاقِدَينِ دُونَ رِضا الآخَرِ [أ/ ٢٣]، وهو عَدَمِيّ.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٨٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٧٣.

(٢) «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٧٩.

سلَّمنا أنّ اللُّزومَ مُقتَضى العَقْد، غيرَ أنّ انعِقادَهُ جائِزًا بالشَّرطِ إلزامٌ على أصلِ العقد؛ لأنّ الجوازَ عندكُم ثابتٌ بالعقدِ لا بالشّرط، وفيه التِزامُ تَخْطِئةِ الخصمِ في مَحَلِّ النِّزاع، ضَرُورةَ تَصويبِه في صُورةِ الإلزام، وليسَ هو أوْلَى من العكس.

سَلَّمْنا صِحّةَ الإلزامِ بذلِك، ولكِنَّ ما ذكرتُمُوه يَنقَلِبُ عليكُم في الجَواز، فإنّهُ لو كان جائزًا في مُدّةِ المجْلِسِ لَكان ذلِك مُقتَضى العَقْد؛ لما ذكرتُمُوه، ويَلْزَمُ أنْ لا يَنعَقِدَ لازِمًا بالشَّرط؛ لما ذكرتُمُوه، ولَمْ يَقُولُوا به، ويُشْكِلُ أيضًا باللُّزومِ بَعدَ انقِضاءِ المدّة، فإنّهُ يَجِبُ أنْ يَكونَ من مُقتَضياتِ العَقْد، وأن لا يَثْبُتَ جَوازُهُ بالشَّرطِ لما ذكرتُمُوه، وهو خِلافُ الإجماع.

سَلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُموهُ على انتفاءِ اللُّزوم، ولكنَّه مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على اللُّزوم، وهو قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

والقضاءُ بالفَسخِ ضِدُّ الوفاءِ بالعقد، فكان على خِلافِ مُقتَضى الآية.

وقولُه عليهِ السَّلام: «كلُّ أحَدٍ فهو أحَقُّ بمالِهِ من والِدِه ووَلَدِه والنّاسِ أجْمَعِين»[1].

وفي الفَسْخِ تَسْليطُ أحَدِ المتعاقِدَينِ على انتِزاعِ ما ثبتَ للآخَرِ من الملكِ بالعقدِ دُونَ رِضاه، وهو خِلافُ دلالةِ الخَبر.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوّل: أنه مُلْغًى ببَيعِ الغائِب، فإنّ البيعَ لازِمٌ في مُدّةِ المجْلِسِ عندهُم، ولا رُؤية.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، ٤٥٦٨. قال العظيم آبادي: «قوله: عن حبان بن أبي جبلة، قال رسول الله ﷺ، وحبان بن أبي جبلة تابعي ثقة، فالحديث مرسل، وعبد الرحمن بن يحيى الصدفي أخو معاوية بن يحيى ليَّنهُ أحمد». «التعليق المغني على الدارقطني»، ص١٠٤٠. مطبوع بهامش «سنن الدارقطني».

وعن الثاني: أنّ الوصفَ العَدَمِيَّ لا بُدَّ وأن يكونَ عِلّةً بمَعنَى الباعِث، وإلا كان الحُكمُ ثابتًا بجِهةِ التَّعَبُّد، وهو خِلافُ الأصل، والباعثُ لا بُدَّ وأن يَكُونَ مُستَلزِمًا لحِكْمةٍ مَقصودةٍ من الحُكم، وتِلكَ الحِكمةُ لا جائِزٌ أن تكونَ ناشِئةً عن الوصفِ العَدَمِيّ؛ [لِأنّهُ] لا يكونُ مُؤَثِّرًا في الأمْرِ الوُجودِيِّ ضرورةً، فلا بُدَّ وأن تكُونَ ناشِئةً عنْ أمْرٍ وُجودِيّ، ولا مَوجُودَ سِوَى العَقْد، فكان هو العِلّةَ لا العَدم.

وعن الثالِث: أنّ اللزومَ لهُ أثَران:

أحدُهُما: ما ذكرُوه.

والثانِي: ثبوتُ الملكِ معهُ في الثَّمَنِ والمُثَمَّن، على كلِّ المذْهَبَيْن، وهو أمرٌ ثُبُوتِيٌّ لا عَدَمِيّ.

وعن الرّابع: نَمْنَعُ اختِصاصَ الإلزامِ بمَذهَبِ الخصم، بلْ هو مُجْمَعٌ عليهِ بينَ الفَريقَين، فإنّا وإنْ قُلنا بالجَوازِ في مُدّةِ المجلِس، إلا أنّا نَقُول: إنّهُ لو شُرِطَ الخِيارُ ثلاثةَ أيّام دَخَلَتْ مُدّةُ المجلِسِ فيها، ويُحتَسَبُ ابتِداءُ المدّةِ من وَقتِ العَقْد، لا من حالةِ التَّفَرُّقِ على رأيٍ لنا.

وعن القَلْبِ بمَنعِ لُزُومِ العَقدِ في مُدّةِ المجلِسِ بالشَّرطِ على رَأْيٍ لنا.

وعن الإشكالِ بما بعدَ التَّفَرُّقِ بمَنعِ إسنادِ اللُّزومِ فيه إلى العَقْد، وإلا لَما تَأَخَّرَ عنه، على ما هو الأصلُ في الأسبابِ مع مُسَبَّباتِها، وإنّما هو مستنِدٌ إلى ما حَصَلَ من كَمالِ البحثِ والنظرِ في مقاصِدِ العَقْدِ، ومَعرِفةِ مُوافَقَتِها للعاقِدِ في مُدّةِ المجْلِسِ مع اتِّساعِها.

وعن المعارضةِ بالآية: القولُ بموجَبِها، فإنّ الوفاءَ بالعَقْدِ هو العَمَلُ بمُقتَضاه، ومُقتَضَى العَقْدِ عِندنا هو الجوازُ دونَ اللُّزوم، كيفَ وقد ذَكَرَ المفَسِّرُونَ أنّ

المرادَ بالآيةِ إنّما هو عُقودُ النُّذورِ والأيْمانِ[١].

وعن الخبر: أنّهُ إنّما يَصِحُّ الِاحتجاجُ به أنْ لَوِ انتقلَ الملكُ في مُدّةِ الخيار، وهو ممنوعٌ على قولٍ لنا.

ثمَّ ما ذكرُوه من النُّصوصِ مُعارَضةٌ بما رَوَى الشّافِعِيُّ عن مالِكٍ عن نافعٍ عن ابنِ عُمَرَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «المتَبايِعانِ كلُّ واحدٍ منهُما على صاحِبِه بالخِيارِ ما لَمْ يَتَفَرَّقا، إلا بَيْعَ الخِيارِ»[٢].

والمرادُ به خِيارُ المجلِس؛ لأنّهُ قال: «إلا بَيْعَ الخِيارِ»، وهو إمّا أن يكونَ لنَفْيِ ما أثْبَتَهُ عند شَرْطِ النَّفْيِ، أو لإثْباتِ ما نفاهُ عند شرطِ البقاء، وذلِكَ إنّما يُتَصَوَّرُ في خِيارِ المجْلِسِ دُونَ خِيارِ السَّومِ والقَبُول، فإنّه لا يَنْتَفي بالنَّفْيِ، ولا يَلْزَمُ بالإلزام.

وحيثُ خالفَهُ مالِك لم يكُن ذلِك للْقَدحِ في صِحَّتِه، بَلْ لأنّه قال: «رأيتُ إجماعَ أهلِ المدينةِ على خلافِه»[٣].

وذلِك وإنْ كان مَذهبًا له فنحنُ والخصمُ قد أجمَعْنا على إبطالِ مأخذِه[٤].

فإنْ قيل: إلا أنّهُ خبرُ واحدٍ وَرَدَ فيما تَعُمُّ به البَلْوَى، فلا يكونُ حجّةً لأنّ ما تعمُّ به البلوى، مِمّا تَتَوَفَّرُ الدَّواعِي على مَعرِفةِ نقلِه، فانفِرادُ الواحِد به يَدُلُّ على كذِبه.

---

(١) قال السمعاني: «وَيدخلُ في العُقود النذور، وسائِرُ العُقود اللازِمة». «تفسير السمعاني»، ٢: ٥.

(٢) «صحيح البخاري»، كتاب البيوع، باب البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، ٢١١١.

(٣) قالَ الإمام مالِكٌ رحمه الله: «وَلَيسَ لِهَذا عِندَنا حَدٌّ مَعروفٌ، ولا أمرٌ مَعمولٌ بِهِ فيهِ». «موطأ مالك»، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، ٧٩.

(٤) «الإحكام» للآمدي، ١: ٢٤٣. «الفصول في الأصول» للجصاص، ٣: ٣٢١.

قُلنا: إذا كان الرّاوِي عَدْلًا ثِقةً، وجَزَمَ بالرِّوايةِ كالرُّواةِ - لِما ذَكرناهُ من الخَبر - غَلَبَ على الظَّنِّ صِدْقُه.

وعدمُ نقلِ الغيرِ له مُتَرَدِّدٌ بينَ أن يَكونَ ذلِكَ لعَدَمِ سماعِ الغيرِ للخَبر؛ [٢٤/أ] لأنّ النَّبيَّ ﷺ لَهُ إلقاءُ الخَبرِ إلى الواحِدِ وإلى الجَماعة، أو لاكتِفاءِ مَنْ لَمْ يَرْوِ بِروايةِ غيرِه، أو لمَوْتِهِ قبلَ الرِّواية، ومع تَرَدُّدِ هذه الاحتِمالاتِ يَمتَنِعُ القَدحُ فيما ظَهرَ من الرِّواية.

ومع تعارُضِ النُّصوصِ يُسلَّمُ لنا ما ذكرناه من المعنَى، كيفَ وأنّ التَّرجيحَ لما ذكرناهُ؛ لخُصوصِهِ وعُمومِ ما ذكرُوه، واللهُ أعلم.



[٢٢] ـ مسألة [الملك زمن الخيار]

الملكُ في زمنِ خِيارِ الشرطِ ثابتٌ للمشترِي في المبيعِ عندنا[١] على القولِ المنصورِ في الخلافِ[٢]، والقولُ الثاني[٣] ـ وهو مذهبُ الخصمِ ـ: أنّهُ للبائعِ[٤]، والوقفُ قولٌ ثالثٌ لنا[٥].

ولوِ انفرَدَ المشتَرِي بالخِيارِ دُونَ البائعِ فعِندَ أبِي حنيفةَ يَزُولُ الملكُ عن البائعِ ولا يَثبتُ للمشترِي[٦]، وأجمَعْنا على ثُبوتِ الزَّوائِدِ الحادِثةِ في مُدّةِ الخِيارِ للمُشترِي بعدَ انقِضاءِ المدّةِ.

ودليلُنا أنّ القولَ بعَدَمِ ثُبوتِ الملكِ للمُشترِي يَلزَمُه أحدُ مُمْتَنِعَينِ فيَمْتَنِع، وبيانُ الملازمةِ أنّهُ لا يَخلُو مع ثُبوتِ المِلكِ للْمُشتَرِي، إمّا أن يَكونَ سَبَبُ نَقْلِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٨٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٧٨.

(٢) قال النووي: «فصحَّحت طائفةٌ القول بأنّ المشتري يملك بنفس العقد، منهُم الشيخ أبو حامد، والماوردي، والقاضي أبو الطيب، وإمام الحرمين وغيرُهم، وبه قَطَعَ المحامِليُّ في «المقنع»، وسليم الرازي في «الكفاية»، والجرجاني في «التحرير»». «المجموع شرح المهذب»، ٩: ٢١٣، ٢١٤.

(٣) قال النووي: «قال الماوردي: وهذا نصه في الأم». «المجموع شرح المهذب»، ٩: ٢١٣، ٢١٤.

(٤) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٧٥.

(٥) قال النووي: «وصحَّحت طائفةٌ قولَ الوقفِ؛ ممَّن صحَّحَهُ البغويُّ». «المجموع شرح المهذب»، ٩: ٢١٣، ٢١٤.

(٦) «المبسوط» للسرخسي ٢٥: ١٦١.

الملكِ إليهِ في الحالِ مُنعقِدًا، أو غيرَ مُنعقِد.

والأوَّل: يَلزَمُ منه عدمُ ثبوتِ الملكِ مع وجودِ سَبَبِه، وهو مُمتَنِع، إلا أنْ يُوجدَ المعارِضُ، والأصلُ عدَمُه.

والثاني: يَلْزَمُ منه أن لا يَثبُتَ المِلكُ في الزَّوائِد الحادِثةِ في مُدّةِ الخِيارِ بعد انقِضاءِ المدّة للمُشترِي؛ لأنّها حادِثةٌ على ملكِ البائعِ قبل انعِقادِ سبَبِ زوالِ الملكِ في الأصل، والأصلُ استِمرارُها على ملكِه، إلا أن يُوجدَ النَّاقِلُ، والأصلُ عَدمُه، وإذا امتَنَعَ كلٌّ واحدٍ من اللازِمَينِ لَزِمَ امتِناعُ الملزُوم.

فإن قيل: سلَّمنا صِحّةَ التقسِيم، ولَكِنْ إنّما يَمتنعُ انتِفاءُ الملكِ بتقدِيرِ انعِقادِ السَّبَبِ الناقِلِ إنْ لَمْ يُوجَدِ المعارِض.

وبيانُ وجودِه من وجهَين:

الأوَّل: أنّ قولَه: وليَ الخيار، زِيادةٌ لا تَستَقِلُّ بنَفسِها دُونَ مَحَلٍّ تُضافُ إليه، والأصلُ عَدمُ كلِّ ما يُقدَّر عَودُ الخِيارِ إليهِ سِوَى العَقد، وهوَ بعدَ وُجودِه غيرُ واقِعٍ في مَحَلِّ الخِيَرةِ بينَ إيجادِه وإعدامِه، فيَعُودُ إلى مَدلُولِ العَقْدِ وهو الملك، بحيثُ إنْ رَضِيَ بهِ أثْبَتَهُ وإلا فلا، حَذَرًا من تَعطِيلِ الزِّيادةِ لكَونِها مُعتَبَرةً بالإجماع، وإذا لَمْ يَكُنِ المِلكُ مَرْضِيًّا بثُبُوتِهِ من العاقِدَين فإثباتُه يَكُونُ إضرارًا بِهِما، وهو مُنْتَفٍ بقولِه عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسلامِ»(١). ١ب/٢٤

الثّانِي: أنّ قوله: وليَ الخيار، مُعتَبرٌ في نُفوذِ الفَسخِ بالإجماع، وذلِك يَستَدْعِي وُجودَ حَقٍّ للبائعِ في المحَلّ، مُسَلِّطٍ لهُ على الفَسْخ، وإلا لَكان كسائِرِ

---

(١) تقدم تخريجه.

الأجانِب، وذلِك الحقُّ يجِبُ أن يكونَ مُتَعلِّقًا بمِلكِه لا بمِلكِ غيرِه؛ لكَونِهِ على خلافِ الأصل.

سلَّمنا عدَمَ انعِقادِ السَّببِ في الحال، لنَقْلِ المِلْكِ في الحال، ولكِنْ لمَ قُلْتُمْ بامتِناعِ انعِقادِه في الحال، مُقتضِيًا لنَقلِ المِلكِ بعدَ انقِضاءِ المدّة؟

وعند ذلِك فلا يَلزَمُ مِنِ امتِناعِ ثُبوتِ المِلكِ في الزوائِدِ الحادثةِ على مِلكِ البائع للمُشتَري قبلَ انعقادِ سببِ النقلِ مُطلَقًا امتِناعُ ثُبوتِ المِلكِ له فيما حَدَثَ على مِلكِ البائع بعدَ انعِقادِ سَبَبِ تَنَقُّلِ المِلكِ في الأصل مالًا.

سلَّمنا امتِناعَ انعِقادِ السَّبَبِ في الحالِ مُطلَقًا، ولكِنْ إنّما يَمتنِعُ إثباتُ المِلكِ في الزَّوائِد بعدَ انقِضاءِ المدّةِ أنْ لوْ لَمْ يُوجَدِ المقتَضِي لإثباتِ المِلكِ فيها بعدَ انقِضاءِ المدّة.

وبيانُ وجودِه هو أنّ ثُبوتَ المِلكِ في الأصلِ بعدَ انقِضاءِ المدّةِ ثابِت، والزَّوائِدُ تابِعةٌ له في الوجود، فناسَبَ أن تكونَ تابعةً لهُ في الحُكمِ ترتِيبًا للحُكمِ على وَفْقِ الحقيقة، والحُكمُ ثابِتٌ على وَفْقِ هذِه المناسَبة، فتَعَيَّنَ التَّعلِيلُ به.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: بمَنْعِ وُجودِ المعارِض.

قولُهُم في الوجهِ الأوَّلِ: إنّ قولَه: وَليَ الخيار، راجِعٌ إلى المِلك، لا نُسَلِّم، بل هو راجِعٌ إلى الفَسخِ والإمضاء، ولِهذا لو فسَّرهُ بذلِك كان صحيحًا بالإجماع، وكلُّ واحدٍ من الأمْرَينِ غيرُ مذكور، وإنّما يُقدَّرُ خوفًا من إبطالِ قولِه: وليَ الخيار، فتَقدِيرُ ما هو ألْزَمُ للْعَقْدِ يَكُونُ أوْلَى.

والفَسخُ والإمضاءُ من صِفاتِ العَقْد، والمِلكُ مَدلُولُه، ومُلازَمةُ الصِّفةِ للمَوصوفِ أتَمُّ من مُلازَمةِ المدلُولِ للدَّليل، ولِهذا وَقَعَ الخِلافُ في جَوازِ بَقاءِ

الحُكمِ دُونَ دَلِيلِه، بخلافِ الصِّفة، حيث إنه يُمنَعُ بَقاؤها دُونَ الموصُوف، ولا يَمتَنِعُ إثباتُ المِلكِ في ابتداءِ إثباتِه جائِزًا، [٢٥/أ] وإنِ امتنعَ الحُكمُ بجوازِه بعد لُزُومِه.

وما ذَكرُوهُ من الوجهِ الثّانِي: فإنّما يَمتَنِعُ من تَعَلُّقِ حقِّ الفسخِ بمِلكِ الغيرِ أنْ لو كان مِلكُهُ لازِمًا، وأمّا إذا كان جائِزًا فلا.

وعن السُّؤالِ الثاني: أنّ الأصلَ عَدَمُ انعِقادِ السَّبَبِ لحُكمٍ مُتَأَخِّرٍ عنهُ؛ لأنّ الِانعقادَ تقدير، والتقدِيرُ إنّما يُصارُ إليهِ لحاجةِ إثباتِ الحُكم، ولا حاجةَ قبلَ إثباتِه.

وعن سُؤالِ المعارَضة: النقضُ بالزوائدِ الحادثةِ على مِلكِ المالكِ قبلَ العقد.



[٢٣] ـ مسألة [ثبوت خيار الشرط للورثة]

خيارُ الشرطِ يَثبتُ للوارِث عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وقد أجمعنا على أنه يَثبتُ له خِيارُ الرَّدِّ بالعيب.

وإنّما قُلنا ذلك لأنه أحدُ نوعيْ ما صِينَ به التَّصرُّفُ عن الضررِ الملازمِ له، فكان ثابتًا للوارِث كالنوعِ الثاني، وهو خيارُ الرَّدِّ بالعيب.

والوجهُ في التقرير: هو أنّ خِيارَ الفسخِ ثابتٌ للمَورُوثِ إجماعًا فيما شُرِطَ فيه الخِيار، بمعنَى اعتِبارِ قولِه: فسَخْت، في امتِناعِ ثُبوتِ المِلكِ بعد انقضاءِ مُدّةِ الخِيار، فمن المناسِبِ أن يَثْبُتَ ذلِك للوارِث، دَفْعًا لما يَلزَمُه من الغَبْن، بتقدِيرِ أنْ يَصِيرَ إلى الأدْنَى في نظرِه في مُقابلةِ ما يَفُوتُ عليهِ من الإغلاء، كما في خيارِ الرَّدِّ بالعَيب.

فإن قيل: سلَّمنا ثبوتَ الفسخِ للمَورُوثِ بالتَّفسِيرِ المذكور، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ المناسَبةَ في إثباتِ ذلِك للوارِث، وما ذكرتُموهُ إنّما يكونُ مُناسِبًا أنْ لَوْ لَمْ يَلزَم منه إضرارُ العاقدِ الآخَر، بفواتِ ما حَصَلَ عليهِ من المِلكِ والرِّبحِ مع كونِه معصُومًا، وذلِك حاصِلٌ لا مَحالة.

ودفعُ الضررِ عن أحدِ المعصومَين بإلزامِه للآخَرِ لا يكُونُ مُناسِبًا عُرفًا، ولا

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٧٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٧٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٦٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٧٦.

يَلزَمُ من كَونِه راضِيًا بفَسخٍ من العاقِدِ أنْ يَكُونَ راضِيًا بالفَسخِ من الوارِث؛ لأنّ إقدامَ الوارِثِ على الفسخِ رغبةٌ في النَّقد ـ حيثُ لمْ يَظهَرْ كونُ المبيعِ من غَرَضِه ـ أغْلَبُ من إقدامِ العاقِدِ على الفسخِ رغبةً في النَّقْد، مع ظُهورِ كَونِ المبيعِ من غَرَضِه.

سلَّمنا المناسبة، ولكِنّا نُعارِضُ في الأصلِ من جِهةِ الإجمالِ والتفصِيل.

أمّا من جهةِ الإجمالِ فهو: أنّ الفسخَ على خِلافِ الدَّليل؛ لما فيه من نَقضِ التَّصَرُّفِ المعتَبَر، وعندَ ذلِك فيَجِبُ اعتِقادُ اختِصاصِ الأصلِ بمَعنًى لا وُجودَ له في الفَرع، تقليلًا لمُخالَفةِ الدَّليلِ في الفَرع.

وأمّا من جِهةِ التَّفصِيل: فهو أنّ الفسخَ في الأصلِ ثابتٌ لدَفْعِ ضَرَرٍ ظاهرٍ [ب/ ٢٥] وهو العَيب، وفي الفرعِ لدَفْعِ ضررٍ لازمٍ من التَّصرُّفِ مُوهم.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُمُوه على ثُبوتِ الفسخِ للوارِث، لكِنَّهُ يُشْكِلُ بحَقِّ الرجوعِ في الهبةِ وحقِّ الأجل، فإنّ كلَّ واحدٍ مِنهُما مَشروعٌ لدَفعِ ضررٍ لازمٍ من التصرُّف، ولا يَثبُتُ للْوارِث.

والجوابُ عن القَدْحِ في المناسبة: بمَنعِ ثُبوتِ المِلكِ للعاقِد الآخَرِ على قَوْلٍ لنا، فلا ضَرَرَ عليهِ بفَواتِ ما لمْ يَثْبُتْ له، وإنْ ثَبَتَ لهُ المِلكُ فزَوالُهُ عنهُ إنّما يَكُونُ إضرارًا بهِ أنْ لَوْ لَمْ يَرْضَ بزَوالِهِ حيثُ شُرِطَ الخِيار.

وما ذكرُوهُ في دَفْعِهِ فهو مُلغًى بالرَّدِّ بالعَيب، فإنّهُ مَشرُوعٌ مع ظُهورِ ما ذَكرُوهُ من التَّفاوُتِ بينَ الوارِثِ والمَوْرُوثِ في الإقدامِ على الفَسخ.

فإن قيل: إلا أنّ التَّفاوُتَ بينَ الوارِثِ والمورُوثِ في الرَّدِّ بالعَيبِ بالغالِبِ والأغلب، وفي الفَرعِ بالغالِبِ والنّادِرِ والتَّفاوُتِ بينَ الغالِبِ والنّادِرِ أكثرُ من التَّفاوُتِ بينَ الغالِبِ والأغلب.

قُلنا: بلِ التَّفاوُتُ في الفَرْعِ إنّما هو بالنّادِرِ والأنْدَر، ونِسبةُ النّادِرِ إلى الأنْدَرِ كَنِسْبةِ الغالِبِ إلى الأغْلَب.

وعن المعارِضِ في الأصلِ بالإجمال: مُعارَضَتُهُ بالبَحثِ والسَّبْرِ مع عَدَمِ الاِطِّلاعِ عليه، وإنّما يَلزَمُهُ من القُصورِ والتَّعَبُّد، وعن التَّفصِيل: بإلْغائِهِ بحَقِّ الرَّهنِ فإنّه مَورُوث، وإنْ كان لدَفعِ ضررٍ مَوهُوم.

وعن الإشكالِ بالهِبة: أنّ الرُّجوعَ فيها لَم يَكُن حَقًّا للْمَورُوثِ بلْ عليه، لغَرَضِ التَّسوِيةِ بينَ الأولاد، على ما قال عليهِ السَّلام: «ارْجِعْ وَسَوِّ»[1].

وبِتَقدِيرِ التَّسوِيةِ فلِاحتِمالِ وُجودِ وَلَدٍ آخر، فلِذلِك لَمْ يَجْرِ فيه المِيراث.

وعنْ حَقِّ الأجَل: أنّهُ إنّما امتَنَعَ ثُبُوتُهُ للوارِثِ حَذَرًا من بَقاءِ ذِمّةِ الميِّتِ مُرْتَهَنةً بالدَّين، وهوَ إضرارٌ بِهِ بخِلافِ ما نحنُ فيه، ولِأنّ الأجلَ عِبارةٌ عن تَأخيرِ المطالَبةِ عَمَّنْ عليهِ الدَّين، ودَيْنُ الميِّتِ لَمْ يَنتَقِلْ إلى الوارِث، بدَلِيلِ أنّهُ لو أبْرَأ الدائنُ الوارثَ لَمْ يَسقُطِ الدَّين، ولوِ انتقلَ إلى ذِمَّتِهِ لَسَقَط، والله أعلم.



(١) جمع المؤلف بين روايتين؛ الأولى في «صحيح البخاري»، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الهبة للولد، ٢٥٨٦، «أكُلَّ ولَدِكَ نَحَلتَ مِثلَهُ؟»، قالَ: لا، قال: «فارجِعهُ»، وفي «صحيح مسلم»، كتابُ الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد، ١٦٢٣. والرواية الثانية في «سنن النسائي»: «سَوِّ بينهُم»، كتابُ النُّحل، ذكرُ اختلافِ ألفاظ الناقلين لخبر النعمان ابن بشير في النُّحل، ٣٦٨٦.

مسائل الربا

ومدارُ الكلامِ فيها من الجانِبَين على ثلاثةِ أُصول:

الأصلُ الأوَّل: أنّ الأصلَ عندنا في الأموالِ الرِّبويّةِ التحريمُ(١)؛ لما رَوَى عُبادةُ بنُ الصّامِتِ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «لا تَبيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَب، والوَرِقَ بالوَرِق، والبُرَّ بالبُرّ، والشَّعِيرَ بالشَّعِير، والتَّمْرَ بالتَّمْر، [٢٦/أ] والمِلْحَ بالمِلْحِ إلا مِثْلًا بمِثْل، سَواءً بسَواء، يَدًا بيَد، فإذا اختَلَفَ الجِنسانِ فبِيعُوا كَيفَ شِئْتُمْ يَدًا بيَدٍ»(٢).

والجوازُ مُستَثنًى.

أمّا عند اتِّحادِ الجِنسِ فبِقُيُودٍ ثلاثة:

الأوَّل: المساواةُ بالكَيلِ في المكِيل، والوَزْنِ في الموْزُون، وهو مُستَفادٌ من قولِه عليهِ السَّلام: «إلا سَواءً بسَواء»؛ لِوُرُودِ بَيانِ المساواةِ بذلِك في خَبَرٍ آخر، وهو قولُه: «إلا كَيْلًا بكَيْلٍ في المكِيل، وَإلا وَزْنًا بوَزْنٍ في الموْزُونِ»(٣).

القَيدُ الثّانِي: التَّقابُض، وهو مُستَفادٌ من قولِه: «إلا يَدًا بيَد»؛ فإنّ اليَدَ ظاهِرةٌ في التَّقابُض، ولِهَذا لو قالَ لوَكِيلِه: بِعْ هَذا المالَ يَدًا بيَد. لَقُيِّدَ تَصَرُّفُهُ بالتَّقابُض.

---

(١) قال النووي: «الأصلُ عندنا وعند المالكيةِ في بيعِ الربويات بجنسها أو ما يشاركها في علةِ الربا التحريم، إلا ما قام الدليل على إباحته». «المجموع شرح المهذب»، ١٠: ٢٠.

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، ١٥٨٧.

(٣) نحوه عند النسائي في «السنن الكبرى»، كتاب البيوع، بيع الشعير بالشعير، ٦١١١، وأصل الحديث عند جماعة من المحدثين من رواية عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

القيدُ الثّالث: الحُلول، وهو أيضًا مُسْتَفادٌ من قَولِه: «إلا يَدًا بيَد»؛ لتَلازُمِهما غالِبًا، ونُدرةِ التَّأجيلِ مع التَّقابُضِ في المجلِس.

وأمّا عندَ اختلافِ الجنسِ فبِقَيْدَيْن، وهُما: التَّقابُضُ والحُلُول، دُونَ اعتِبارِ المساواةِ في المِعْيار، وذلِكَ مُستَفادٌ من قولِه: «فإذا اختلفَ الجِنْسانِ فبِيعُوا كيفَ شِئْتُمْ يَدًا بيَد».

وعندهُمُ الأصلُ في الأموالِ الرِّبَوِيّةِ الإباحةُ[1]، والتَّحريمُ يُعارِضُ المفاضَلة.

الأصلُ الثانِي: هو أنّ العلةَ عندنا في الأشياءِ الأربعةِ لتحريمِ الرِّبا: الطُّعْم.

والجِنْسِيّةُ شَرطُ رِبا الفَضْلِ خاصةً دُونَ رِبا النَّسِيئة.

وفي التَّقدِيرِ جوهرِيّةُ الثَّمَنِيّةِ[2]، وهي: كَونُ المحَلِّ بحالٍ يُتَّخَذُ ثَمَنًا عامًّا.

هذا إنْ قُلنا: إنّ العلّةَ القاصرةَ صحيحة، وإلا فلا، والجِنسِيّةُ شرطُ رِبا الفَضلِ خاصة.

وعندهُم العِلّةُ لتَحرِيمِ رِبا الفَضلِ في الأشياءِ الأربعة: مَجموعُ الكَيلِ والجِنس، وفي النَّقدَين: مَجموعُ الجِنسِ والوزن، وكلُّ واحدٍ من وَصفَيِ العِلّةِ مُستَقِلٌّ بتحرِيمِ رِبا النَّسِيئةِ[3].

الأصلُ الثّالِث: أنّ الرِّبا عِندَنا عِبارةٌ عن العَقْدِ المشْتَمِلِ على الزِّيادةِ المحَرَّمة، وعندهُم هو نَفْسُ الزِّيادةِ في مالِيّةِ أحدِ العِوضَينِ[4].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني، ٢: ٦٣.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني، ٥: ٦٥.

(٣) قال المرغيناني: «ويقال: القدرُ معَ الجنس، وهو أشمل». «الهداية»، ٢: ٦١.

(٤) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٥: ٢١٦.

[٢٤] ـ مسألة [علة تحريم الربا]

عِلّةُ تحريمِ الرِّبا عندنا في الأشياءِ الأربعةِ الطُّعمُ[١]؛ خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلِك لأنّ الطُّعمَ مُناسِبٌ اقترَنَ به الحكمُ فكان عِلّةً، وبيانُ مناسبتِه: هو أنّ المطعُومَ مُتَعَلَّقُ الحاجةِ الأصلِيّةِ من بقاءِ الأنفُس، وصلاحِ الأبدانِ بالتنمِيةِ والتَّقوِية، بما هو مُسْتَعِدٌّ له من التَّغذِّي والتَّأدُّمِ والتَّداوِي بواسِطةِ الطُّعْم.

وكلُّ واحدةٍ من هذِه المنافِعِ الحاصِلةِ مِنهُ وغيرِها من مَنافِعه لا تحصُل [ب/٢٦] من غَيرِ المطعُوم، وأنّها مُتوقِّفةٌ في حصولِها على غيرِ المطعوم، ولا كذِلك غيرُه من ذواتِ المنافع.

فكانتِ الحاجةُ إليه أشَدَّ إلى مَنْ ليسَ هو في يَدِه، على حَسَبِ تَضْيِيقِ طُرُقِ المعاملةِ به لجِنْسِه، بالنِّسبةِ إلى مَنِ الحاجةُ إلى غيرِه، وذلِك يُناسِبُ تحريمَ بيعِه بجِنسِه مُتفاضِلًا، مُبالَغةً في تَوسِعةِ الطريقِ إلى حُصولِه، بالنِّسبةِ إلى مَن ليس هو في يَدِه، لتَحصِيلِ حاجتِه منه.

وذلِكَ لأنّ زيادةَ طريقِ التَّوسعةِ في الوصولِ إليهِ بالنِّسبةِ إلى مَن هو في يَدِه، وإذا كان مُناسِبًا والحُكمُ ثابتٌ على وَفْقِه كان عِلّةً.

فإن قيل: ما ذكرتُمُوه من حاجةِ التَّغذِّي والتَّأدُّمِ والتَّداوِي، وغيرِ ذلِك من

---

(١) «البيان» للعمراني، ٥: ١٦٤.

(٢) «الهداية» للمرغيناني، ٢: ٦١.

المنافع المختلِفة غيرُ لازِمةٍ لنَفْسِ الطُّعم، وإلا لاجتمعتْ جميعُ هذِه المنافِع في كُلِّ مطعوم، ضرورةَ الِاشتراكِ في الملزُومِ، وهو مُحال.

فلَمْ يَبْقَ إلا أنْ تكُونَ كلُّ منفعةٍ من هذِه المنافعِ المختلِفةِ ملازِمةً لمعنًى خاصٍّ بمَحَلِّها، هو الضابِطُ لها لا نَفْسُ عمومِ الطُّعم.

وعند ذلك فنِسبةُ الطُّعمِ إليها في عُمومِه لَها نسبةُ باقِي الأمورِ العامّةِ إليها كالجِسميّةِ وغيرِها، وكما لا يَصِحُّ التَّعلِيلُ بالجِسمِيّةِ وغيرِها من الأمورِ العامّةِ فكذلِكَ الطُّعم، وإنْ وقعَ التَّعليلُ أنّه من جِهةِ اشتِمالِه على مُطلَقِ مَنفعةٍ وقُطِعَ النَّظَرُ عن خصوصِيّاتِ هذِه المنافِع، انتَقَضَ بسائِرِ الأموالِ التِي ليستْ رِبَوِيّةً.

سَلَّمنا لُزُومَ جميعِ هذِه المنافعِ للطُّعم، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ تَعَلُّقَ الحاجةِ بجِنسِ المطعُومِ على العمومِ لاندِفاعِها بالبعض، فلا تَتحَقَّقُ المناسَبةُ في جِنسِهِ على العُموم.

سلَّمنا تَعَلُّقَ الحاجةِ بجنسِ المطعومِ على العموم، غيرَ أنّ ما ذكرتُموه من تَوسِعةِ الطريقِ إلى المطعومِ على مَن ليس هو في يَدِه، بسَبَبِ امتناع بيعِ المطعومِ بجِنسِهِ مُتفاضِلًا؛ فأمْرٌ وَهْمِيٌّ نادِرٌ لا يُثْبِتُهُ لهُ الذِّهْن، وما هذا شأنُه لا يُعَدُّ في العُرفِ مُناسِبًا.

سَلَّمنا إفضاءَ ذلِك إلى توسِعةِ الطريق إلى تحصيلِه لمَن ليس هو في يَدِه غالِبًا، إلا أنّه يَلْزَمُ مِنِ اعتِبارِ ذلِك فواتُ حاجةِ المِلك، من تصرُّفِه بتقديرِ إقدامِه على بيعِه [٢٧/أ] بجِنسِهِ مُتفاضِلًا، وما لَمْ تُبيِّنُوا رُجْحانَ ما ذكرتُمُوه لا يَكُونُ مُناسِبًا.

سلَّمنا المناسبةَ، لكِنَّ ما ذكرتُموهُ مُنتَقِضٌ ببَيعِ الحِنطةِ بالشَّعيرِ مُتفاضِلًا، فإنّه مُشْتَمِلٌ على ما ذكرتُموهُ من الطُّعمِ، وهو غيرُ مُحَرَّم، سلَّمنا عَدَمَ الِانتِقاض، ولكِنَّهُ مُعارَضٌ بالكَيلِ والجِنس، فإنّهُ مُناسِبٌ أن يكُونا عِلّةً.

وبيانه أنّ الرِّبا في اللغةِ عبارةٌ عن الزيادةِ مُطلَقًا، وفي الشَّرعِ عبارةٌ عنْ زيادةِ أحدِ العِوضَينِ على الآخَرِ في الماليّة، وذلِكَ إنّما يُعرَفُ بالكيلِ والجِنس؛ لأنّ العِوَضَينِ إذا اتَّحدا جِنْسًا فقَدِ اشترَكا في جميعِ الصِّفاتِ التِي هِيَ مُتَعَلَّقُ الحاجاتِ المهِمّة.

وبِالتَّفاوُتِ في الكَيلِ تَظْهَرُ هذِه الزِّيادة، فناسَبَ أن يَكُونا عِلّةً للتَّحريم؛ لدَلالَتِهما على مُسَمَّى الرِّبا المُخِلِّ بحقيقةِ المعادَلةِ والمساواةِ التِي هِيَ أصلٌ في البَيْع، المفْضِيةِ إلى المنازَعةِ والمخاصَمة.

وعلى هذا فتارةً نَمْنَعُ صحةَ بيعِ الجَوْزةِ بالجَوْزَتَيْن، وتارةً نُسَلِّمُ الصِّحّةَ؛ لأنّ التَّفاوُتَ في الصِّغَرِ والكِبَرِ لا يَظْهَرُ معهُ التَّفاوُتُ المُفْضِي إلى المنازَعةِ والمخاصَمة.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوّل: أنّ التَّعلِيلَ بالطُّعمِ إنّما كان من جِهـةِ أنّ مَنافِعَهُ الأصلِيّةَ لا تَحْصُلُ من غيرِه، وأنّ حُصولَهـا مُتَوَقِّفٌ على فناءِ عينِه، غَيرَ ناظِرينَ إلى خُصوصِ كلِّ منفعةٍ تَحصُلُ مِنه.

وعن الثّانِي: أنّ المناسبةَ إنّما نَشَأَتْ من جِهةِ تَعَلُّقِ حاجةِ جنسِ الِاثنَينِ بجِنسِ المطعوم، ففَرْضُ استِغناءِ الواحِدِ من جنسِ الِاثنينِ عن الواحِدِ من جنسِ المطعومِ لا يَقْدَحُ في المناسَبة.

وعن الثالِث: أنّ ما ذكرناهُ من حِكمةِ التَّوسِعةِ في طَرِيقِ الوُصولِ إلى

المطعُومِ وإنْ كانت بعيدةَ الوُقوعِ، لكِنْ لبُعْدِ مَجْراها وهو بَيعُ المطعُومِ بجِنسِهِ مُتفاضِلًا؛ إذْ هو المعلَّلُ تَحرِيمُه، والمشترَطُ في حِكمةِ الحُكمِ أن تكونَ ظاهِرةً في مَجْراها، لا أن يَكونَ مَجْراها غالِبًا.

وعن الرّابع: أنّ حاجةَ المِلكِ حاجةُ اتِّحادِ الحَصْر، وحاجةُ الغيرِ حاجةُ اختلافِ الجنسِ، فكانت راجِحةً.

وعن النَّقض: أنّ اتِّحادَ الجِنسِيّةِ معتبَرةٌ في التحريمِ بالإجماعِ، وقد فاتت إن [ب/٢٧] كانت تكون شرطًا كما هو مذهبنا، أو جزءَ علةٍ كما هو مذهبهم.

وعن المعارضةِ بالكَيلِ والجِنس: بمَنعِ تفسيرِ الرِّبا بما ذكرُوه، بلِ الرِّبا عبارةٌ عَنِ العقدِ المشْتَمِلِ على الزِّيادةِ المحَرَّمة، والتفسيرُ بذلِكَ أوْلَى، تَقْلِيلًا لمُخالَفةِ قولِه: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، حيث إنه لا تَحرُمُ كلُّ زيادةٍ ماليةٍ في أحدِ العِوضَينِ على الآخَر.

ولِما فيه من العَمَلِ بظاهِرِ قَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «كلُّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا فهو رِبًا»(١).

حيث إنه أضافَ الرِّبا إلى نفسِ القَرض، وليسَ بزِيادةٍ في نفسِه، وعلى ما ذكروه فيُحتاجُ إلى تأويلِه.

وإنْ سلَّمنا صحةَ تفسيرِهم، ولكنْ لا نُسَلِّمُ مناسبةَ الكيلِ والجنسِ للتحرِيم،

---

(١) قال ابن حجر العسقلاني: «قال عمرُ بن بدرٍ في المغني: لم يصح فيه شيء، وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» من حديث علي باللفظ الأول، وفي إسناده سوار بن مصعب، وهو متروك، ورواه البيهقي في «السنن الكبرى»، عن ابن مسعود، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس، موقوفًا عليهم». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ٨٠.

وما ذكروهُ من ظُهورِ الرِّبا عندَه فحاصِلُه يَرجِعُ إلى جَعْلِ الكَيلِ والجِنسِ أمارةً علَى الرِّبا، وما ذكرناهُ باعِثٌ فكان أوْلَى.

وما ذكرُوهُ من الإجمالِ بالمعادَلة فإنّما يَتحَقَّقُ بفَرْضِ وُقوعِ زِيادةٍ لا مُقابِلَ لها، وليسَ كذلِك؛ فإنّ ماليةَ زِيادةِ المِقدارِ لا تَخلُو عَنْ مُقابلَتِها بزِيادةِ ماليةِ صفةِ الجَودة، نَظَرًا إلى المعهُودِ من تَصَرُّفاتِ العُقلاء، وعلى هذا فلا إفضاءَ لذَلِك إلى المنازَعةِ والمخاصَمة؛ لعَدَمِ التَّفاوُتِ فيما هو مقصُودُ العاقِد.

وإنْ سلَّمنا مُناسَبَتَه، لكِنَّ الترجيحَ لما ذكرناه؛ لكَونِهِ مُومًى إليهِ بقَولِه عليهِ السَّلام: «لا تَبيعُوا الطَّعامَ بالطَّعامِ إلا مِثْلًا بمِثْلٍ»[1].

بخِلافِ ما ذكروه، وأنّ فيه موافقةَ عُمومِ قولِه عليهِ السَّلام: «لا تَبيعُوا الطعام بالطعامِ إلا مِثْلًا بمِثْلٍ»، في بَيعِ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَيْن، بخِلافِ ما ذكرُوه.



---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وفي «كنز العمال»: «كتب الصِّدّيقُ إلى أمراء الأجناد [وجاء في كتابه]: لا تبتاعوا الذهب بالذهب... ولا الطعام بالطعام إلا مكيالًا بمكيال». قال المتَّقي الهندي: «رواه ابن راهويه والطحاوي بسند صحيح». «كنز العمال»، ١٠٠٧٩. وعند مسلم نحوه بلفظ: «الطَّعامُ بِالطَّعامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»، «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلًا بمثل، ١٥٩٢.

[٢٥] ـ مسألة [العلة في التقدير جوهرية الثمن]

العِلّةُ في التَّقدِيرِ جوهَرِيّةُ الثَّمَنِيّةِ عندنا في أحَدِ القولَينِ[١]، خلافًا لأبي حنيفة في قَولِه: إنّها الوَزْنُ والجِنسُ[٢]، والقولُ الثّانِي: أنّ الحُكْمَ فيها غيرُ مَعقُولِ المعْنَى[٣].

وإنّما قُلنا: إنّ العِلّةَ ما ذكرناهُ؛ لأنّهُ مُناسِبٌ اقتَرَنَ بهِ الحكمُ، فكان عِلّةً، وبيانُ مناسبَتِه هو أنّ الحاجةَ إلى جوهَرِيّةِ الثَّمَنِيّةِ آكَدُ من الحاجةِ إلى ما عَداها، من حيث إنها مُعَدّةٌ للتَّوسُّلِ بها إلى الأغْراضِ والمقاصِد، وأنّ مالِكَها يُعَدُّ مالِكًا لجَمِيعِ الأمْوال؛ لما هِيَ عليهِ من الصَّلابةِ واكتِنازِ الأجزاء، واحتِمالِها للضَّرْبِ والسَّبْكِ مَرّةً بعدَ أُخْرَى [٢٨/أ] من غيرِ نُقصان، على طُولِ الدُّهورِ والأزمان.

وذلِكَ يُناسِبُ تَحرِيمَ بَيعِها بجِنسِها مُتفاضِلًا؛ لما ذكرناهُ في التَّعلِيلِ بالطُّعم، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِهِ فكان عِلّةً.

وَوَجْهُ الِاعتِراضِ والِانفِصال: فعلى ما سَبَقَ في المسألةِ المتقدِّمة، إلا أنّ هذِه المسألةَ تَختَصُّ بسُؤالٍ آخَرَ، وهو قولُهُم: إنّ التَّعلِيلَ بما ذَكرتُمْ مُوجِبٌ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٨٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨١. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٣٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٦.

(٣) قال النووي: «وأما الذهب والفضة فقيل: يثبت الربا فيهما؛ لعينهما، لا لعلة. وقال الجمهور: العلة فيهما صلاحية الثمنية الغالبة، وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالبًا». «روضة الطالبين» للنووي، ٣: ٣٧٩.

لِلْقُصُورِ في العِلّة؛ لعَدَمِ تَعَدِّيها إلى غيرِ التَّقدِير، والعِلّةُ القاصِرةُ باطِلةٌ؛ لتَعَرِّيها عَنِ الفائدة.

وذلِكَ لأنَّ فائدةَ العِلّةِ إنما هو تعريفُ الحُكْمِ بها، وهي غيرُ مُعَرِّفةٍ الحُكْمَ في الأصل؛ لكَوْنِهِ مَعلُومًا بالخِطاب، ولا وُجودَ لها في الفَرعِ؛ لعَدَمِه.

ولِأنّ ذلِكَ مِمّا يُوجِبُ التَّعلِيلَ بمُجَرَّدِ الحِكمةِ دُونَ ضابِطِها؛ لأنّ الضّابِطَ إنّما يُحتاجُ إليهِ لضَرُورةِ التَّعْدِية، حتَّى لا يَضْطَرِبَ الحُكمُ باضْطِرابِ الحِكمة؛ لخَفائِها في مَجارِي التَّعدِية، وذلِكَ مُمْتَنِع.

وجوابُه: بمَنعِ انحِصارِ فائدةِ التَّعليلِ في تعريفِ الحُكم، بل فائدتُها إنّما هو ظُهورُ الباعثِ على شَرعِ الحُكم؛ لما اشتَمَلَتْ عليهِ من الحِكمةِ الموجِبةِ لسُهولةِ انقِيادِ الناسِ إلى قَبُولِ الحُكم؛ لكَونِهِ واقِعًا على وفق المألُوفِ من تَصَرُّفاتِ العقلاء، وبِالنَّظَرِ إلى القاعدةِ المألوفةِ مِنِ امتِناعِ التعليلِ بالحكمةِ المجَرَّدةِ عن الضابِطِ لعُسْرِ الوقوفِ عليها؛ وَجَبَ التعلِيلُ بالضابطِ وإن كانت قاصِرةً.

وقد أجابَ بعضُ الأصحابِ بأنّ تَعدِيةَ الحُكمِ بالعِلّةِ إلى الفَرعِ فرعُ صِحّةِ العِلّة، فلا يَكُونُ شَرطًا في صِحّةِ العِلّة.

وليسَ بحَقّ، فإنّ صِحّةَ العلةِ عندَ الخصمِ مشروطةٌ بالتعدِية، بمعنَى وُجودِ العِلّةِ في الفرع، لا بمَعنَى ثُبوتِ الحُكمِ بها في الفَرع، وذلِك غيرُ مُتَوَقِّفٍ على صِحَّتِها فلا دَوْر.

ويَخُصُّ تعلِيلَهُمْ بالوَزْنِ والجِنْسِ هاهُنا اعتِراضٌ قادِحٌ، وهو: أنّهُ لو كان الوَزْنُ والجِنسُ في النَّقْدَيْنِ عِلّةً لتَحرِيمِ الرِّبا لَما امْتَنَعَ بَيْعُ الخواتيمِ

الصِّغارِ العَدَدِيّةِ من الذَّهَبِ والفِضّةِ بعضِها ببَعض مع اتِّحادِ الجِنسيّةِ والجَهلِ بالمساواة؛ لعَدَمِ الوَزْنِيّة، كَما لو قالَ في الخواتيمِ الصِّغارِ العَدَدِيةِ من النُّحاسِ والحَدِيد.

فَإنْ قيل: لأنّ التحرِيمَ في النَّقدَينِ ثابِتٌ بالنَّصِّ لا بالعِلّة، وفيما عَداها بالعِلّة، [ب/٢٨] فما لَمْ تُوجَدْ فيه العِلّةُ لم يَحْرُمْ.

قُلنا: فيَلْزَمُكُمُ القولُ بالتحرِيمِ في بَيعِ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَين.

فإنْ قيل: لأنّ الِاستِثناءَ بالبُرِّ والشَّعِيرِ مُخْتَصٌّ بالكَيْلِ حيثُ قال: إلا كَيْلًا بكَيْلٍ في المكِيل.

قُلنا: وَمِثْلُهُ في الموْزُون، حيثُ قال: وإلا وَزْنًا بوَزْنٍ في الموْزُون.



[٢٦] - مسألة [بيع الحفنة بالحفنتين]

بيعُ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَيْنِ حرامٌ عِندنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وإنّما قُلنا ذلِك لأنّهُ باعَ مالَ الرِّبا بجِنسِهِ مُتفاضِلًا، فكان حَرامًا؛ لقولِه: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وبيانُ أنّهُ باعَ مالَ الرِّبا: أنّ الحَفْنةَ من البُرِّ والحَفْنَتَيْنِ من مالِ الرِّبا، بدَلِيل: أنّهُ لو باعَ صاعًا بحَفْنةٍ أو حَفْنَتَيْنِ فإنّهُ يَحْرُم، ولو لَمْ تكُنِ الحفنةُ أوِ الحفنتانِ من مالِ الرِّبا لَما حَرُمَ؛ لأنّهُ يَكونُ بائعَ مالِ الرِّبا بغَيرِ رِبَوِيّ.

أما بيانُ اتِّحادِ الجِنسِ فظاهر.

وأمّا بيانُ التفاضُل: هو أنّ الحَفْنةَ إمّا أن تكونَ مُساوِيةً لإحْدَى الحفنتَين، أو ناقِصةً عنها، أو زائدة عليها.

فإنْ كان الأولَ أوِ الثّانِي لَزِمَتِ الزِّيادةُ في الحفنتَينِ قَطْعًا.

وإنْ كان الثالث فزِيادةُ الحفنةِ على إحدَى الحفنتَينِ إمّا أنْ تكونَ مُساوِيةً للحفنةِ الأُخرَى، أو زائدةً، أو أنْقَص؛ فإنْ كان الثّانِي والثّالِث فقد حَصَلَتِ الزِّيادةُ أيضًا، إمّا من جانبِ الحفنةِ أوِ الحفنتَينِ قَطْعًا.

وإنّما يُقالُ بالتَّساوِي بتقدِيرِ مُساواةِ الزيادةِ من الحفنةِ المفرَدةِ للحَفْنةِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٠.

الأُخرَى، ولا يَخْفَى أنّ وُقوعَ احتِمالٍ من أربعِ احتمالات أغلبُ من وُقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعَينِه.

وإذا ثَبتَ التَّفاوُتُ ظاهِرًا لَزِمَ من ذلِكَ تَحَقُّقُ الرِّبا؛ لأنّ الرِّبا في اللُّغةِ عِبارةٌ عن مُطْلَقِ زِيادة، غيرَ أنّ الشارعَ اعتبرَ فيه الزِّيادةَ في مالٍ رِبَوِيٍّ مع النُّحاسِ بالإجماع، وقد تَحَقَّقَ ذلِك فيما نحنُ فيه، والأصلُ عَدَمُ الزِّيادةِ في التَّعْيين، فوَجَبَ أنْ يَحْرُمَ؛ لقَولِهِ تَعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فإنْ قيل: ما ذكرتمُوهُ في تحقيقِ مُسَمَّى الرِّبا في مَحَلِّ النِّزاعِ غيرُ كافٍ بالإجماعِ مِنّا ومِنكُم، أمّا عندكُم فلا بُدَّ فيه من وَصفِ الطُّعم، وأمّا عندنا فلا بُدَّ فيه من وَصفِ الكَيلِ والطُّعم، وإن كان مَوجُودًا فالكيلُ مَفقُود، وليسَ أحَدُ الأمرَينِ بإدخالِه في تَحقِيقِ مُسَمَّى الرِّبا أوْلَى من الآخَر.

سلَّمنا وجودَ مُسَمَّى الرِّبا فيما نحنُ فيه، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ التحرِيم، والآيةُ فلا نُسَلِّمُ عُمومَها؛ فإنّ الألِفَ / واللامَ الدّاخِلةَ على اسمِ الجِنسِ قد تكُونُ للْمعهُود، ولِبَيانِ الجِنْس، ولِلتَّعْظِيم، ولِبَيانِ الحاضِر، والِاستِغْراق، وليسَ أحَدُ الِاحتِمالاتِ أوْلَى من الآخَر، فلا بُدَّ لَكُمْ من التَّرجِيح. [٢٩/أ]

سلَّمْنا العموم، لكِنْ إنّما يَكُونُ ذلِك حُجّةً في جميعِ مَجارِيهِ مع إرادةِ المتَكَلِّمِ له، والأصلُ عدمُ الإرادة.

سلَّمْنا أنّهُ حُجّة، لَكِنْ لا مع التَّخْصِيص؛ لبَقائِهِ بَعدَهُ مُتَرَدِّدًا بينَ أقَلِّ الجَمعِ وما عَدا صُورةَ التَّخصِيص، وليسَ أحدُهُما أوْلَى من الآخَر، وإنْ كان أحَدُهما أوْلَى فهو أقَلُّ الجَمْع؛ لكَونِهِ مُتيَقَّنًا، وقدْ خُصَّ في صُورةِ القرآن.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتمُوهُ على التَّحرِيم، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بقَولِهِ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ

﴿ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وما نحنُ فيه بَيْع، فكان داخِلًا تحتَ عُمومِ الآية.

وبِالمعنَى، وهو التَّصرفُ الصّادِرُ من الأهلِ في المحَلّ، فإنّهُ يُناسِبُ الحِلّ، تَحْصِيلًا لمَقصودِ التَّصَرُّف، والشّاهِدُ لهُ بالِاعتِبارِ التَّصَرُّفُ الذِي ليسَ برِبَوِيّ، والعَمَلُ بالقِياسِ أوْلَى؛ لأنّ العملَ بهِ لا يُبطِلُ العمومَ بالكُلِّيّة، والعملُ بالعُمومِ مُبطِلٌ للقِياسِ بالكُلِّيّة، والجمعُ أوْلَى من التَّعطِيل.

والجوابُ عن الأوَّل: بتَرجيحِ الطُّعْمِ بما سَبَقَ في مَسألةِ عِلّةِ الرِّبا.

وعن الآية: أنّها إنْ كانتْ عامّةً بلَفظِها فهو المطلُوب، وإلا فهِيَ عامّةٌ بالنَّظَرِ إلى مَعناها المُومَى إليه؛ حيثُ إنّ الشَّارعَ رَتَّبَ التَّحرِيمَ على مُسمَّى الرِّبا في كلامِه، مع مُناسَبَتِهِ للتَّحرِيم، بما فيه مِنِ اختِلالِ مَعْنَى المعادَلةِ والمساواةِ بينَ المتَعاقِدَين، فكان عِلّةً بالإيماء.

وعن الثّالِث: أنّ المتكَلِّمَ إذا أطلَقَ لَفْظًا ظاهِرًا في مَعنًى، فالظاهِرُ أن يكونَ هو مُرادَه، إلا أن يَدُلَّ الدلِيلُ على عَدَمِ الإرادة، والأصلُ عدمُه.

وعن الرّابع: أنّ العامَّ بعدَ التخصِيصِ حُجّةٌ فيما عدا صُورةَ التخصِيصِ بإجماعِ الفَرِيقَين، فمَنْعُه لا يكونُ من أحدِهِما مقبُولًا.

وعن المعارضةِ بالآية: بتَرجيحِ ما ذكرناهُ من أنّه التحريمُ؛ لكَونِها خاصةً في الرِّبا، وآيتُهم متناوِلةٌ لهُ بعُمومِ كَونِه تَبَعًا، والخاصُّ مُقَدَّمٌ على العامّ.

وَلِأنّهُ إذا تعارَضَ المبيحُ والمحَرِّم فالعَملُ بالمحرِّمِ أوْلَى؛ لقَولِه عليهِ السَّلام: «ما اجتَمع الحلالُ والحَرامُ إلا غَلَبَ الحرامُ على الحَلالِ»[1].

---

(١) قال السَّخاويُّ: «قال البيهقي: رواهُ جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود، وفيه ضعفٌ وانقطاعٌ، وقال الزينُ العراقيُّ في «تخريجِ منهاجِ الأصول»: إنه لا أصلَ له، وكذا أدرجَه =

وعن المعارضةِ بالمعنى: أنّهُ مَرجُوحٌ بالنَّظَرِ إلى دَلالةِ الآية؛ لما ذكرناهُ من الوجهِ الثّاني في جوابِ المعارضةِ بالآية، ولِأنّ تَطرُّقَ الِاحتِمالاتِ الموهِيةِ إلى اجتهادِ المجتَهِدِ في القياسِ أكثرُ من تَطَرُّقِها إلى ظاهرِ النَّصّ.

ولِذلِك وقَعَ العملُ بالقياسِ مُؤَخَّرًا في حديثِ مُعاذٍ عن العملِ بالنَّصِّ مع مُوافَقةِ النَّبيِّ ﷺ لهُ على ذلِكَ[1]، ولأنّ العملَ بالقِياسِ يَتَوَقَّفُ على كَونِ الجامِعِ قد يكونُ مُناسِبًا، ومُناسَبَتُه مُتَوَقِّفةٌ على رُجحانِها على مَفسدةِ التَّحرِيمِ بالنَّصِّ؛ فإنّ المصلحةَ لا تكونُ مناسِبةً بتقدِيرِ مُعارَضَتِها بمَفسدةٍ راجِحةٍ أو مُساوِية، كما سَبَقَ تعرِيفُه.

وعند ذلِك فالعَملُ بنَصِّ التحرِيمِ على تقدِيرَينِ من غيرِ مُخالَفةِ دَليلٍ على تقديرٍ مع مخالَفةِ الدليل، والعملُ بالقياسِ إنّما يَتِمُّ على تقديرٍ واحد، مع مخالَفةِ الدلِيل، فكان العملُ بالنَّصِّ أوْلَى، واللهُ أعلم.

= ابنُ مفلح في أولِ كتابه في الأصول فيما لا أصل له». «المقاصد الحسنة» للسخاوي، ٩٤١.

(١) «سنن أبي داود»، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ٣٥٩٢. «سنن الترمذي»، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ١٣٢٧. ونصُّه عند الترمذي: «عنِ الحارث بن عمرو، عن رجال من أصحاب معاذ، أنّ رسولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ مُعاذًا إلى اليمن، فقال: «كيف تقضي؟»، فقال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟»، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم يكن في سُنّةِ رسولِ اللهِ ﷺ؟»، قال: أجتهِدُ رأيي، قال: «الحمدُ لله الذي وفَّق رسولَ رسولِ الله»». قال الترمذي بعد روايتِه الثانية: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل».

وقال ابنُ حجرٍ: «وقال ابنُ طاهرٍ في تصنيفٍ له مُفرَدٍ في الكلام على هذا الحديث: اعلم أنني فحصتُ عن هذا الحديثِ في المسانيد الكبارِ والصغارِ، وسألتُ عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل، فلم أجد له غير طريقين؛ أحدهما: طريق شعبة، والأخرى: عن محمد ابن جابر، عن أشعث بن أبي الشعثاء، عن رجل من ثقيف، عن معاذ، وكلاهما لا يصح». «التلخيصُ الحبير» لابن حجر، ٤: ٣٦٣.

[٢٧] ـ مسألة [التقابض في الطعام]

التقابُضُ شرطٌ في بيعِ المطعُومِ بالمطعُومِ عندنا، سواءٌ اتَّحَدَ الجنسُ أوِ اختلَفَ[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وقد أجمَعنا على اعتِبارِ ذلِك في النُّقود.

وإنّما قُلنا ذلِكَ؛ لأنّ المطعومَ أحدُ نوعيْ مالِ الرِّبا، اعتُبِرَتِ المماثلةُ في إحدَى حالَتَيْهِ كالنَّوعِ الآخَر.

فقولُنا: أحدُ نوعيْ مالِ الرِّبا، إشارةٌ إلى المطعُومِ والنَّقد، وقولُنا: اعتُبرتِ المماثلةُ في إحدَى حالتَيْه، إشارةٌ إلى حالة اتِّحادِ الجِنسِ واختلافِه.

وتقريرُ الملازمةِ بينَ الحُكْمَين: هو أنّا أجْمَعنا على تَلازُمِهِما في النُّقود.

وعندَ ذلِك إمّا أن تكُونَ عِلَّتُهما واحدةً أو مُتَعَدِّدةً.

فإنْ كان الأوَّل فيَلْزَمُ من وُجودِ أحدِ الحُكمَينِ في الفرعِ وُجودُ عِلَّتِه، ومن وجودِ عِلَّتِهِ وجودُ الحكمِ في الآخَر، ضرورةَ كونِها عِلّةً لَه.

وإنْ كانتِ العلّةُ مُختَلِفةً، فتَلازُمُ الحُكمَينِ في الأصلِ دَليلُ تَلازُم عِلَّتَيْهما، ويَلزَمُ من وُجودِ أحَدِ الحُكْمَينِ في الفَرعِ وجودُ علَّتِهِ التي ثبت بها في الأصل، ومن وُجودِها وُجودُ عِلّةِ الحُكمِ الآخَر، ضرورةَ مُلازَمَتِها له، ومن وُجودِها

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٩١.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٣٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٢.

وُجودُ الحكمِ الآخرِ.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّهُ يَلزَمُ من وُجودِ أحدِ الحُكمَيـنِ في الفَرعِ أنْ يكونَ ثابتًا بعَينِ ما ثَبتَ به في [أ/ ٣] الأصل؛ لجوازِ أنْ يَكونَ ثابتًا بعِلّةٍ أُخرَى، ومع ذلِكَ لا يَلزَمُ ثبوتُ الحكمِ الآخَرِ، وسواءٌ كانت عِلّةُ الحُكمَينِ في الأصلِ واحدةً أو مُتَعَدِّدةً.

سلَّمنا أنّهُ ثابتٌ في الفَرعِ بعِلَّتِهِ في الأصل، ولكِنْ لا يَلزَمُ أن تكونَ هِيَ عِلّةَ الحكمِ الآخَرِ، وبِتَقدِيرِ أن تكونَ مُغايِرةً لَها فلا يَلْزَمُ من تلازُمِهِما في الأصلِ تلازُمُهُما في الفَرعِ لِيَصِحَّ ما ذكرتُمُوه.

وبيان ذلك هو أنّ اشتِراطَ التَّقابُضِ في النُّقودِ إنّما كان ضرورةَ تَوَقُّفِ تَعْيِينِ النُّقودِ في العَقْدِ عليه، على ما يأتِي تقريرُه في تغييرِ النُّقود، والتغييرُ في الطُّعمِ غيرُ مُتَوَقِّفٍ على القَبضِ إجماعًا.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتُموه على اشتِراطِ التَّقابُض، لكِنَّه مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على نَقِيضِه، وبيانُه من جِهةِ النَّصِّ والمعنَى؛ أما النَّصُّ فقولُه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فإنّهُ يَدُلُّ على حِلِّ كُلِّ بَيع، فيَندَرِجُ فيه مَحَلُّ النِّزاع، ويَلْزَمُ من الحِلِّ الصِّحّة، وإلا لَما كان حَلالًا؛ لعَدَمِ فائِدتِه.

وأمّا المعنَى: فهو أنّ القبضَ لو كان شَرطًا فإمّا أن يكونَ الشَّرطُ صُورةَ القَبضِ حِسًّا، أوِ استحقاقَه.

فإنْ كان الأوَّلَ لَزِمَ أنْ لا يَتأخَّرَ عن العقد؛ لاستحالةِ وُجودِ المشروطِ قبلَ شَرْطِه، والعقدُ يَصِحُّ وإنْ تَأخَّرَ القبضُ عنهُ إلى آخِرِ المجلِس.

وإنْ كان الثّانِي لَزِمَ الدَّوْرُ ضرورةَ تَوَقُّفِ صِحّةِ العقدِ على استِحقاقِ القبض، وتَوَقُّفِ استِحقاقِ القَبْضِ على صِحةِ العقد.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّهُ وإنْ كان الأصلُ عدمَ وجودِ علّةِ الأصلِ في الفرعِ فالأصلُ عدمُ وجودِ عِلّةٍ أُخرَى فيه، وهو مُتَرَجِّحٌ؛ لما فيه من مُوافَقةِ التَّعْدِيةِ في عِلّةِ الأصل، والقُصورِ في مُقابِلِه.

وعن الثّانِي: أنّهُ إن كانت عِلَّةُ الحُكْمَينِ مُتَّحِدةً لَزِمَ ثُبوتُ الحُكمِ الآخَر، وإن لمْ تكُنْ مُتَّحِدةً فتَلازُمُهُما في الأصلِ يُغَلِّبُ على الظَّنِّ تلازُمَهُما في الفَرعِ، وإنْ لَمْ يَكُنِ التَّلازُمُ لازِمًا في نَفسِ الأمر.

وما ذكروهُ من أنّ اشتِراطَ التَّقابُضِ في النُّقود؛ لتَوَقُّف تَعْيِينِها في العقدِ عليه، فسيأتِي أيضًا إبطالُه في تَعيينِ النقود.

وعن المعارضةِ بالآية: ما سَبَقَ في بيعِ الغائب، ثُمَّ هِيَ مُعارَضةٌ بقَولِه عليهِ السَّلام: «لا تَبِيعُوا البُرَّ بالبُرِّ إلا يَدًا بيَدٍ»[1].

ولفظُ اليدِ ظاهرٌ في التقابُض، ولِهذا فإنّهُ لو قال لوَكِيلِه: بِعْ هذا يَدًا بيَد، تُقَيِّدُ صِحّةُ تَصَرُّفِهِ بالقَبض.

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ من المعنى.

وعن المعارَضةِ بالمعنَى: أنّ الشَّرطَ صورةُ القبض، والمشروطُ إنّما هو انعِقادُ العَقد؛ لأنّ نَفْسَ صورةِ العقدِ والِانعقادِ عندنا غيرُ سابقٍ على القبض.



(١) في «صحيح البخاري»: «البُرُّ بالبُرِّ رِبًا، إلا هاءَ وهاءَ». كتاب البيوع، باب بيع التمر بالتمر، ٢١٧٠. ولم أقف عليه بلفظ المؤلف رحمه الله، ونحوه في «سنن النسائي»، كتاب البيوع، بيع الشعير بالشعير، ٤٥٦٣.

[٢٨] ـ مسألة [بيع الرّطب بالتّمر وبالرّطب]

لا يَصِحُّ بيعُ الرُّطَبِ بالتَّمرِ ولا بالرُّطَبِ صاعًا بصاعٍ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالصِّحّةِ يَستدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: دليلُ وجودِ الصِّحةِ من جِهةِ النصِّ والمعنى؛ أمّا النصُّ فقولُه تعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ووجهُ دلالَتِه ما سَبَقَ في المسألةِ المتقدِّمة.

وأمّا المعنَى فمن وَجهَين:

الأوّل: أنّهُ لو لَمْ يَكُنْ صحِيحًا لَكان باطِلًا، والقولُ بالبُطلانِ يَستدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عدَمُه.

والثّانِي: أنّ الرُّطَبَ إمّا أنْ يَكُونَ من جِنسِ التمرِ اليابِس، أو لا [يكون] من جِنسِه.

فإنْ كان الأوّل وَجبَ أنْ يَصِحَّ بيعُه صاعًا بصاعٍ؛ لقَولِه عليهِ السَّلام: «التَّمرُ بالتَّمرِ مِثْلًا بمِثْلٍ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٩٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٣٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٢.

(٣) «موطأ مالك»، كتاب البيوع، ما يكره من بيع التمر، ٥٥٠. موقوفًا على عطاء بن يسار رحمه الله.

وتقديرُه: بِيعُوا التَّمرَ مِثْلًا بمِثْل، ورُوِيَ بالرَّفع، وتقدِيرُه: بَيعُ التَّمرِ بالتَّمرِ مِثلٌ بمثل، وعلى كلٍّ واحدٍ من الأمرَينِ يَدُلُّ على شَرعِيَّتِه.

والمرادُ بالمِثل: التَّساوِي في المِعيار الشرعي، وقدِ استوَيا فيه، ولِذلِك وَقَعَ تفسِيرُ المماثَلةِ بالكَيلِ في خبرٍ آخر، وهوَ قولُه عليهِ السَّلام: «إلا كَيْلًا بكَيلٍ في المكِيل، وإلا وَزْنًا بوَزْنٍ في الموْزُونِ»(١).

وإنْ كان الثّاني وَجَبَ أنْ يَصِحَّ؛ لقَوْلِه عليهِ السَّلام: «فَإذا اختَلَفَ الجِنْسانِ فبِيعُوا كَيفَ شِئْتُمْ»(٢).

والجوابُ عن الآية: ما سَبَقَ في بيعِ الغائِب.

ثُمَّ إنّها مُعارَضةٌ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه سُئلَ عن بَيعِ الرُّطبِ بالتَّمر، فقال: «أيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذا يَبِسَ؟»، فقالُوا: نَعَمْ، فقال: «لا إذًا»(٣).

وقولُه: «فلا إذًا» إن كان للنَّهْيِ دَلَّ على عَدَمِ شَرْعِيَّتِه، وإن كان للنَّفْيِ فيجِبُ حَملُه على نَفْيِ البيعِ الشَّرعِيِّ دُونَ الحَقِيقِيّ؛ لأنّ الغالِبَ من النبيِّ ﷺ إنّما هو بيانُ الأُمورِ الشَّرعِيةِ دُونَ الحَقِيقِيّة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «مسند أحمد»، مسند باقي العشرة المبشرين بالجنة، مسند أبي إسحاق سعد بن أبي وقاص ١٥٤٤. «موطأ مالك»، كتاب البيوع، ما يكره من بيع التمر، ٥٢٢. «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر، ٣٣٥٩. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة، ١٢٢٥. وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن صحيح». «سنن النسائي»، كتاب البيوع، اشتراء التمر بالرطب، ٤٥٤٥. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر، ٢٢٦٤.

فإنْ قِيل: يَحْتَمِلُ أن يكونَ سُؤالهُم عَن جوازِ البَيع، فيَكُون قولُه حُجّةً لكُمْ، ويَحتَمِلُ أن يكونَ سُؤالهُم عن التحرِيم فلا يكونُ حُجّةً لكُمْ؛ لكَونِهِ نافيًا للتَّحرِيم.

[٣١/أ] قلنا: لا يُمكِنُ حَمْلُ قولِه على نَفْيِ التحرِيم؛ لأنّهُ رَتَّبَهُ على التَّفاضُلِ عندَ الجَفاف، وذلِكَ إنّما يُناسِبُ نَفْيَ الجوازِ لا نَفْيَ التحرِيم.

ولِأَنَّهُ على خِلافِ قولِه: «لا تَبِيعُوا التَّمرَ بالتَّمرِ إلا مِثْلًا بمِثْلٍ»[١].

والرُّطَبُ تَمْرٌ؛ لما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه: «نَهَى عن بَيعِ التمرِ حتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهُ»، قِيل: وما بُدُوُّ صَلاحِهِ؟ قال: «حتَّى يَصْفَرَّ أو يَحْمَرَّ»[٢].

وذلِكَ لا يكونُ إلا قبلَ الجفاف، أُطلِقَ عليهِ اسمُ التَّمر، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة.

ومع التعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا، كيفَ وأنّ الترجِيحَ لما ذكرناهُ؛ لأنّهُ مُتناوِلٌ لمَحَلِّ النِّزاعِ لخُصوصِه، وما ذكروهُ مُتناوِلٌ لعُمُومِ كونِه بيعًا، ولِأنّهُ مُحرِّم، وما ذكرُوه مُبِيح، والمُحرِّمُ أوْلَى بالعَمَلِ به؛ لما سَبَقَ تقرِيرُه؟

وعن المعارَضةِ الأُولَى: أنّ الباطِلَ ما لَمْ يَتَرَتَّبْ عليهِ حُكمُه، وهو نَفْي، والأصلُ في النَّفيِ البقاءُ على ما هو عليه، إلا ما دَلَّ الدَّلِيلُ على مخالفَتِه والأصلُ عَدَمُه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) النهي عن بيع الثمر؛ بالثاء المثلثة، في «صحيح البخاري»، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة ٢١٨٣. «صحيح مسلم»، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدوِّ صلاحها بغير شرط القطع، ١٥٣٤.

وعن المعارَضةِ الثانية: أنّا نُنَزِّلُ الكلامَ على القِسمِ الأوَّل، ونُسَلِّمُ أنّ الرُّطَبَ من جِنسِ التمرِ اليابِس، لكِنْ بمَعْنَى أنّهُ مُشْتَمِلٌ على حَقِيقةِ التَّمْرِيّة، كما يُقال: الإنسانُ من جنسِ الفَرَس، بمَعنَى اشتِمالِه على حقيقةِ الجِنسِ العامِّ لها، وهو الحَيوان، لكِنَّهُ مع ذلِك يَشتَمِلُ على أجزاء مائِيّةٍ لا وُجودَ لها في اليابِس، ولِذلِكَ يَنقُصُ بزَوالِ الأجزاءِ المائِيةِ عنه، بسَبَبِ تبْخِيرِ الشَّمسِ لها.

وعلى هَذا فلا يَكونُ بائِعًا لصاع من التمرِ بصاعٍ من التمر، بلْ صاعُ تَمْرٍ وماءٌ بصاعِ تَمْر، فلا يَدْخُلُ تحتَ الخَبَرِ المذكور.

كيفَ وما ذكروهُ من الخَبَرِ مُعارَضٌ بما ذكرناهُ من الخَبَرِ؛ لكَونِه راجِحًا على الآيةِ المذكُورةِ أوَّلًا؟ واللهُ أعلم.



[٢٩] ـ مسألة [السّلم في الجنس]

السَّلَمُ في الجِنسِ ـ كما إذا أسْلَمَ ثَوبًا هَرَوِيًّا في ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ ونحوِه ـ لا يَحْرُمُ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفة[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالتَّحريمِ يَستدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عدمُه، فإنْ قِيل: دليلُ التحريمِ النصُّ والمعنَى؛ أمّا النصُّ فما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ قال: «لا رِبا إلا في النَّسِيئةِ»[٣]، أثبتَ الرِّبا في كلِّ نَسِيئةٍ؛ لكَونِ النَّسِيئةِ مذكورةً بالألِفِ واللامِ المستغرِقة، والرِّبا مُحَرَّمٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

غيرَ أنّا خالَفْناهُ في النَّسِيئةِ في غيرِ الجِنس، فوجَبَ العملُ بالعُمومِ فيما عداه.

[ب/ ٣١] / وأيضًا ما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه: «نَهَى عن بَيْعِ الحَيَوانِ بالحَيوانِ نَسِيئةً»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٨٧.

(٢) «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٠. «إيثار الإنصاف في آثار الخلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٢٨٦.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساء، ٢١٧٨. «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام بالطعام مثلًا بمثل، ١٥٩٦.

(٤) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، ٣٣٥٦. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ١٢٣٧، عن سَمُرةَ. وقال =

والنَّهْيُ يَقتضِي التحريم.

وأمّا المعْنَى فمن وجهَين:

الأوَّل: أنّهُ لوِ اتَّحَدَ العِوَضانِ في الجِنْسِيّةِ والمِعْيارِ الشَّرْعِيِّ الموجِبَينِ للتَّساوِي في الأغراضِ والمقاصِدِ المهِمّةِ وأُسْلِمَ أحدُهما في الآخَرِ حَرُمَ؛ لاختِصاصِ أحَدِ العِوَضَينِ بزِيادةٍ في الماليّةِ بسَبَبِ اختِصاصِه بالنَّقْدِيّة.

كما إذا أسْلَمَ صاعًا من البُرِّ في صاعِ بُرّ، وقد وَجدْنا أحَدَ الوصفَينِ ـ وهو التَّساوِي في المِعيارِ الشَّرعِيّ، الموجِبِ للْمُساواةِ من وَجْهٍ ـ مُستَقِلًّا بتَحريمِ النَّسِيئة؛ لِما فيه مِن اختِصاصِ أحَدِ العِوَضَينِ بالنَّقْدِيّةِ الموجِبةِ لاختِصاصِهِ بزِيادةٍ في الماليّة.

وذلِكَ عندما إذا أسْلَمَ صاعًا من البُرِّ في صاعٍ من الشَّعِير، فوَجَبَ استِقلالُ الوَصفِ الآخَر، وهو الاتِّحادُ في الجِنسِيّةِ بالتَّحرِيم؛ لأنّهُ يَدُلُّ على المساواةِ من وَجْه، مع اختِصاصِ أحَدِ العِوَضَينِ بزِيادةٍ في المالِية، بسَبَبِ اختصاصِهِ بالنَّقدِيّة.

الثّانِي: أنّهُ يَلزَمُ من شَرعِيّةِ السَّلَمِ في الجِنْسِ أمْرٌ مُمْتَنِعٌ فيَمْتَنِع، وبيانُهُ من ثلاثةِ أوجُه:

الأوَّل: أنّهُ لو أسْلَمَ ثَوبًا في ثوبٍ من جِنسِه كان للْمُسْلَمِ إليهِ عِندَ الحُلولِ تسليمُ رأسِ مالِ السَّلَمِ إلى المسْلِم، ويَلْزَمُ مِنهُ اتِّحادُ العِوَضِ والمعوَّض، وهو مُمْتَنِع.

= الترمذي بعده: «وفي الباب عن ابن عباس وجابر وابن عمر، حديث سمرة حديث حسن صحيح». «سنن النسائي»، كتاب البيوع، بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ٤٦٢٠. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة، ٢٢٧٠.

الثّانِي: أنّهُ لو أسْلَمَ ثوبَينِ في ثوبٍ واحدٍ من جِنسِهِما كان للْمُسْلَمِ إليهِ عندَ الحُلولِ تَسليمُ أحدِهِما إلى المسلِمِ وتَبْقِيَةُ الآخَر، ويَلْزَمُ من ذلِكَ خُلُوُّ أحَدِ الثَّوْبَيْنِ للْمُسْلَمِ إليهِ من غيرِ مُقابِل، وهو رِبًا مُحَرَّم.

الثالث: أنّ السَّلَمَ في الجنسِ مِمّا يَمْنَعُ من قَبولِ السَّلَمِ للْفَسخِ مع قَبُولِهِ لَهُ إجماعًا، فكان مُمْتَنِعًا، وذلِكَ لأنّهُ إذا أسْلَمَ ثوبًا في ثوبٍ من جِنسِه، واتَّفَقتِ التَّوْفيةُ عند الحُلولِ بغَيْرِ رَأْسِ المال، فالتَّفاسُخُ بعدَ ذلِكَ مُوجِبٌ للتَّرْداد، وذلِكَ مع اتِّحـادِ المرْدُودِ مُحـالٌ؛ لأنّهُ لا يكونُ إلا في عِوَضَينِ مُختَلِفَين.

والجوابُ عن النَّصِّ الأوّل: أنّهُ يَدُلُّ على حَصْرِ الرِّبا في النَّسِيئة، ولا يَلْزَمُ مِنهُ أن تكونَ كُلُّ نَسِيئةٍ رِبًا، كما لو قال: لا إنسانَ إلا في الحيوان، فإنَّهُ لا يَلْزَمُ أنْ يكونَ كلُّ حيوانٍ إنسانًا.

[أ/ ٣٢] **وعن النَّصِّ الثانِي**: أنّهُ يَرْوِيهِ الحَجّاجُ بْنُ أرْطاةَ[1]، وهو ضعيفٌ عندَ المحَدِّثين، غيرُ مَقبُولِ الرِّوايةِ[2].

---

(١) الحجاج بن أرطاة في بعض أسانيده، لكنَّ مداره ليس عليه، فللحديث رواية عن سمرة، وأخرى عن ابن عمر، وليس فيهما الحجاج بن أرطاة، وقد تقدم تصحيحُ الإمام الترمذي وتحسينه لرواية سمرة حيث قال: «وفي الباب عن ابن عباس وجابر وابن عمر حديثُ سمرة حديث حسن صحيح». ورواية الحجاج عند الإمام أحمد في «المسند»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند جابر بن عبد الله، **١٤٣٣١**.

(٢) قال الذهبي: «الحجاج بن أرطاة أحدُ أوعية العلم، سمع عطاءً، وعنه شعبة، ليَّنَهُ الثوريُّ وقال: ما بقي أحدٌ أعلم بما يقول منه، وقال أحمد: كان من الحفاظ، وقال يحيى القطان: هو وابن إسحاق عندي سواء، وقال أبو حاتم: صدوق يدلس، فإذا قال: حدثنا، فهو صالح، وقال النَّسائي: ليس بالقوي، وقال يحيى وغيره: ضعيف، وقال ابن عدي: يخطئ». «من تكلم فيه وهو موثَّق» للذهبي، ص**٦٤**.

وقال ابن حجر العسقلاني: «حجاج بن أرطاة بن هبيرة النخعي القاضي، قال الثوري: عليكم =

ثمَّ ما ذكروهُ مُعارَضٌ بما رُوِيَ عن عبدِ اللهِ بنِ عَمرِو بنِ العاصِ أنَّهُ قال: «أمَرَني رسولُ اللهِ ﷺ أنْ أُجَهِّزَ جيشًا، فعزَّتِ الإبل، فكُنتُ أبْتاعُ بَعِيرًا ببَعِيرَينِ إلى أجَلٍ»[1].

وهو سَلَمٌ في الجِنس، والظّاهِرُ عِلمُ النبيِّ ﷺ مع عَدمِ الإنكارِ عليه، وأنَّهُ كان ذلِكَ في دارِ الإسلام، ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وعن المعارَضةِ الأُولَى من المعنَى: أنّ الموجِبَ لتَحريمِ النَّسِيئةِ في الصُّوَرِ المذكُورةِ إنّما هو الطُّعْمُ دُونَ الكَيلِ والجِنسِ على ما سَبَقَ في عِلّةِ الرِّبا.

وعن المعارَضةِ الثانية: أنّها مَبْنِيّةٌ على صِحّةِ التَّوْفيةِ من رَأسِ مالِ السَّلَم، وهوَ مَمْنُوعٌ على رَأْيٍ لَنا.



= به، فإنه ما بقي أحد أعرف بما يخرج من رأسه منه. قال العجلي: كان فقيهًا، وكان أحد مفتي الكوفة. قال ابن عدي: إنما عاب الناس عليه تدليسه عن الزهري وغيره، ربما أخطأ في بعض الروايات، فأما أن يتعمد الكذب فلا، وهو ممن يُكتَب حديثه. توفي ١٤٥هـ». «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٢: ١٩٦.

(١) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة، باب الرخصة في ذلك، ٣٣٥٧. قال البيهقي: «اختلفوا على محمد بن إسحاق في إسناده، وحماد بن سلمة أحسنهم سياقةً له، وله شاهد صحيح». «السنن الكبرى» للبيهقي، جماع أبواب الربا، باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة، ١٠٥٢٨.

[٣٠] ـ مسألة [بيع لحم المأكول بحيوان من جنسه]

لا يَصِحُّ بيعُ اللَّحمِ المأكولِ بحَيوانٍ من جِنسِه عندنا[١]، خِلافًا لأبِي حَنِيفةَ[٢].

وإن باعَهُ بخِلافِ جِنسِه فلَنا فيه خلاف، وسواءٌ كان الحيوانُ مَأْكُولًا أو غيرَ مَأكولٍ[٣]، إلا أن يكونَ آدَمِيًّا فيَجوزُ البيعُ بهِ من غيرِ خِلافٍ[٤]، ولهُمْ في بيعِ لَحْمِ السَّمَكِ بالسَّمَكِ خِلافٌ[٥].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالصِّحّةِ يَستَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عدمُهُ فلا صِحّة، فإنْ قِيلَ: دَلِيلُ الصِّحّةِ النصُّ والمعنَى؛ أمّا النصُّ فقَولُه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فإنّهُ يَدُلُّ علَى الصِّحّةِ على ما ذكرناهُ في الغائِب.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّهُ وُجِدَ التَّصَرُّفُ من الأهلِ في مَحَلٍّ قابِلٍ لَه، فوَجَبَ أنْ يُقْضَى بالصِّحّةِ تَحْصِيلًا لغَرَضِ العاقِد، كما لو باعَ اللَّحمَ بغَيرِ الحيوان.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٠٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٠٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٤٠. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٧.

(٣) «البيان» للعمراني، ٥: ٢٢٦.

(٤) يستفاد من كلام الجويني أن فيه خلافًا بينهم، قال رحمه الله: «وطرد بعض الأصحاب القولينِ في بيع لحم الشاة بالعبد من جهة أنه بيع اللحم بالحيوان... إلخ». «نهاية المطلب» للجويني، ٥: ١٠٨.

(٥) «البيان» للعمراني، ٤: ٢٢٧.

والجوابُ عن الآية بما سَبَقَ في بيعِ الغائب.

ثمَّ إنّها مُعارَضةٌ بما رَوَى الدّارَقُطْنِيُّ عن النبيِّ ﷺ: «أنّه نَهَى عنْ بيعِ لحمِ الشاةِ بالشاةِ الحَيّةِ»[1].

وأدْنَى درجاتِ النَّهْيِ نفيُ الإباحة.

كيفَ والترجيحُ لِلْخَبرِ لكَونِهِ خاصًّا في مَحَلِّ النِّزاع، والآيةُ فمُتَناوِلةٌ لهُ بعُمُومِ كَونِهِ بَيعًا؟

وعن المعنَى: أنّهُ مُنتَقِضٌ ببَيعِ الدُّهنِ بالسِّمْسِم.

فإنْ قِيل: إنّما امتنعَ بيعُ الدُّهنِ بالسِّمْسِمِ؛ لأنَّ الشَّيْرَجَ[2] رِبَوِيّ، والدُّهنُ في السِّمْسِمِ أيضًا رِبَوِيّ.

وبيانُ كَوْنِه رِبويًّا: أنّ الوزنَ والِاتِّحادَ في الجِنسِيّةِ عِلّةُ تَحرِيمِ الرِّبا، على ما بَيَّنّا في عِلّةِ الرِّبا فقد وُجِدَ ذلِكَ فيه.

أمّا الِاتِّحادُ في الجِنسِيّةِ فظاهِر، وأمّا كونُه مَوزُونًا فلِأنّ الموزُونَ ما يُعرَفُ مِقدارُه في الحال، أو في ثانِي الحالِ بوَزْنٍ يُوجَدُ في الحال، والدُّهنُ في السِّمْسِمِ كذلِكَ فكان رِبَوِيًّا، وقد باعَ الرِّبَوِيَّ بجُملةٍ مُشتَمِلةٍ على رِبَوِيٍّ من جِنسِه، مع الجَهلِ بالمساواةِ، فكان مُمْتَنِعًا، بخلافِ اللَّحمِ في الحيوانِ فإنّهُ غيرُ رِبَوِيّ.

---

(١) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب بيع الحي بالميت، ١٤١٦٢. عن سعيد بن المسيب مرسلًا «أنّ النَّبيَّ ﷺ نَهى عَن بَيع اللَّحم بِالشّاةِ الحَيّةِ». ونحوه في «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٣٠٥٧. عن سعيد بن المسيب يُرسِلُه. قال ابن عبد الهادي: «وقد رُفِع، لكن من طريق لا تُرتَضى». «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي، ٤: ٣٦.

(٢) «والشَّيرَجُ مُعَرَّبٌ مِن شَيرَه، وهوَ دُهنُ السِّمسِمِ». «المصباح المنير» للفيومي، ١: ٣٠٨.

ودليلُه الحقِيقةُ والحُكم:

أمّا الحقيقة: فهو أنّ الوَزنَ غيرُ مُتَحَقِّقٍ فيه، حيثُ إنّهُ لا يُعرَفُ مِقدارُهُ بوَزنِ الحيوانِ لا في الحال، ولا في ثانِي الحال؛ لاختِلافِ حالِ الحيوانِ بالثِّقَلِ في المِيزانِ تارةً، وبِخِفَّتِهِ تارةً، وإذا لَمْ يَكُنْ مَوْزُونًا فلا يَكونُ رِبَوِيًّا.

وأمّا الحُكم: فإنّهُ لو باعَ شاةً بشاتَينِ فإنّهُ يَصِحّ، ولو كان اللَّحمُ فيهما رِبَوِيًّا لَما صَحَّ عندكُم؛ لأنّهُ يَكُونُ من صورةِ مُدِّ عَجْوةٍ[1].

قُلنا: وإنْ سَلَّمنا أنّ الدُّهنَ في السِّمْسِمِ رِبَوِيّ، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّ اللَّحمَ في الشّاةِ غيرُ رِبَوِيّ.

قولُهم: إنّ عِلّةَ الرِّبا الوزنُ والجنس، لا نُسَلِّمُ ذلِك، بلِ الطُّعمُ على ما سَبَقَ في عِلّةِ الرِّبا.

وإنْ سَلَّمنا جَدَلًا ما ذكروه، لكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّ اللحمَ في الحيوانِ غيرُ مَوزُون.

وما ذكروهُ في تعريفِ الوَزن مُلْغًى باللَّبَنِ في ضَرْعِ الشاة، فإنّهُ رِبَوِيٌّ بالإجماع، ولِهذا يَحْرُمُ بيعُ لَبَنِ الشاةِ بشاةٍ في ضَرْعِها لَبَن، وإنْ لَمْ يَكُنْ مَوزُونًا بالِاعتِبارِ الذِي ذكروه.

وأمّا ما ذكَرُوهُ من الحُكمِ لا يَدُلُّ على أنّ اللحمَ في الشاةِ ليسَ برِبَوِيّ، ولِهذا فإنّهُمْ قالُوا بجَوازِ بيعِ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَيْنِ مع أنّها رِبَوِيّة، بدَلِيلِ الإجماعِ على امتناعِ بيعِ الحَفْنةِ بالصَّاع، ولولا أنّها رِبَوِيّةٌ لَما حَرُم.

---

(١) مُدُّ عجوة «قاعدة معروفة في باب الربا في الفقه الشافعي، وهي بيعُ مالٍ ربوي بربوي آخر من جنسه مع ربوي من غير جنس الربوي المبيع». «معجم لغة الفقهاء» لقلعجي وقنيجي، ص٣٠٦.

قولُهُمْ: لو كان رِبَوِيًّا لَما صحَّ عندكُم؛ لكَونِهِ من صُوَرِ مُدِّ عَجْوة، فحاصِلُهُ يَرجِعُ إلى إلْزامِ الخَصمِ بتَخْطِئَتِهِ في مَحَلِّ النِّزاع؛ ضرورةَ تَصْوِيبِهِ في مَحَلِّ الإلزام، وليسَ هو أوْلَى من العَكس.



[٣١] ـ مسألة [اشتمال الصفقة على نوع من أنواع الربا]

إذا اشتَمَلَتِ الصَّفْقةُ على نوعٍ واحدٍ من أموالِ الرِّبا من الجانِبَين، ومعهُما أو مع أحدِهما من خِلافِ نوعِهما؛ كما لو باعَ مُدَّ حِنطةٍ وَدِرهمًا بمُدَّين، أو بدِرهَمَين، أو بمُدٍّ ودِرهَم، أو من خِلافِ جِنسِهما؛ كما لو باعَ ثوبًا ودِرهَمًا بثَوبٍ ودِرهَم، أو بدِرهَمَين، لا يَصِحُّ عندنا[1]، خِلافًا لهُمْ[2].

وإنَّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالصِّحّةِ يَتَوَقَّفُ على الدَّلِيلِ، والأصل عدمه، فإنْ قيل: دليلُ الصِّحّةِ النصُّ والمعنَى؛ أمّا النصُّ فقولُه تَعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فإنّهُ يَدُلُّ علَى الصِّحّة، على ما سَبَقَ في بيعِ الغائِب.

وأمّا المعنَى: فهُو أنّ المقابَلةَ بينَ العِوَضَينِ فيما نحنُ فيه إمّا أنْ تكونَ بينَ الجُمْلَتَينِ مع قَطْعِ النَّظَرِ عن التَّفصِيل، أو مع التفصيلِ بأنْ يُجعَلَ كلُّ بعضٍ من إحدَى الجُمْلَتَينِ في مُقابَلةِ البعضِ من الجُملةِ الأُخرَى. [٣٣/أ]

فإنْ كان الأوَّل: فالجُمْلَتانِ مُختَلِفتان، إمّا جِنسًا أو نَوعًا، كما إذا باعَ مُدَّ حِنطةٍ ودِرهَمًا بمُدَّيْن، أو بدِرْهَمين، ويَلْزَمُ من ذلِكَ الصِّحّةُ؛ لأنّهُ بيعٌ صَدَرَ من الأهلِ في المحَلِّ عَرِيًّا عن الرِّبا، فوَجَبَ أن يَصِحَّ دَفْعًا لحاجةِ العاقِد، كما لو باعَ دِينارًا بدَراهِم، أوِ الحِنطةَ بالشَّعير.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٤٩٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٩٧.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٣٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٣٣.

وإن كان الثّانِي: فالظاهِرُ من حالِ العاقِدِ العاقِلِ أنّهُ لا يَقصِدُ بتَصَرُّفِهِ غيرَ التَّصَرُّفِ الصحيحِ المفيد؛ كَيْلا يكونَ تَصَرُّفُهُ عَبَثًا، وعندَ ذلِكَ فقَدْ أَمْكَنَ أن تكونَ المقابَلَةُ على جِهةِ الصِّحّة، بأنْ يُجعَلَ الدِّرهمُ من كلٍّ واحدٍ من الطرَفَينِ في مُقابَلةِ المدِّ من الحِنطة، ولِهَذا لو فسَّرَ لَفْظَهُ بذَلِكَ قُبِل.

ومَهْما أمْكنَ تَرَدُّدُ اللفظِ بينَ جِهَتَين؛ إحداهُما تَقتَضِي الصِّحّة، والأُخرَى البُطلان، وَجَبَ الصَّرفُ إلى جِهةِ الصِّحة، مُبالَغةً في اعتبارِ تَصَرُّفِ العاقلِ بأقْصَى الإمكان، كما لو باعَ بعشرةِ دراهمَ وأطْلَق، وفي البلدِ نقودٌ مختلفةٌ، فإنه يُصرَفُ إلى جهةِ النقدِ الغالِب، وإلى صِفةِ السَّلامةِ تَصحِيحًا للتَّصرُّف.

ولا يَلزمُنا على هذا ما إذا اشترَى ثوبًا بعشرة، وثوبًا بِتسعِين، وباعَ الجميعَ بمِئةٍ، ورِبْحِ دِرهمٍ في كُلِّ عشرةٍ؛ حيث إنه لا يَصِحُّ، وإن أمكنَ صرفُ الربحِ إلى الثوب؛ لأنّهُ على خلافِ صريحِ لفظِه.

ولا يَلزَمُ أيضًا ما إذا باعَ صاعًا [مِن] تَمرٍ بصاعِ تمر، حيثُ لا يَصِحُّ وإن أمكنَ الصحةُ بصَرفِ النوعِ في كلٍّ واحدٍ من الجانِبَينِ إلى ما في الجانِبِ الآخَرِ من التَّمر؛ لأنّ النَّوَى مع التَّمرِ شيءٌ واحِدٌ في نَظَرِ أهلِ العُرفِ والشَّرع.

ولِهذا فإنّه يَصِحُّ بيعُ صاعٍ من التَّمرِ بمِثلِه إجماعًا، ولو كان النَّوَى في التَّمرِ في مَعْنَى شَيْئَيْنِ لَخَرَجَ على بيعِ مُدِّ عَجْوة، ولا يَلْزَمُ أيضًا ما إذا باعَ ثوبًا ودِرهَمًا بثَوْبٍ ودِرهمٍ؛ حيث إنه يَنفَسِخُ العَقدُ بالتَّفَرُّقِ قبلَ القبض، مع إمكانِ جعلِ الدِّرهَمِ في مُقابَلةِ الثوب؛ لأنّهُ لا يَلْزَمُ من تقديرِ المقابَلةِ على وَجهِ ضرورةِ صِحّةِ العَقدِ تقديرُها لامتناعِ الفسخ.

والجوابُ عن الآية: ما سَبَقَ في عِلّةِ الرِّبا، ثُمَّ إنَّها مُعارَضةٌ بما رَوَى فَضالةُ

ابنُ عُبَيْدٍ[١]، أنّهُ أُتِيَ بقِلادةٍ تُباع، فيها ذهبٌ وخرز، فأرَدْتُ أنْ أشْترِيَها بالذَّهَب، فقال النبيُّ ﷺ: «لا، حتَّى تُمَيِّزَ»[٢]. [١/٣٣]

نهاهُ عن الشِّراءِ حتَّى يُمَيِّزَ ما يُقابِلُ الذهب عمّا يُقابِلُ الخَرَز، وعندهُم[٣] يَصِحُّ ذلِك قبلَ التَّمْييز، ولا يُمكِنُ حَمْلُ ذلِكَ على أنّ الذَّهبَ كان في العادةِ أكثرَ من الثمن، أو أنّ الخَرَزَ لم تكُنْ لَهُ قِيمة، فيكونُ بيعُ الذَّهبِ بالذَّهبِ مُتفاضِلًا، أو مع الجهلِ بالتَّساوِي؛ إذ هو بعيد، مع كَونِ قيمةِ الخرزِ كانت أكثرَ من قيمةِ الذهبِ معه، بدَلِيلِ قولِ فضالة: «إنّما قَصَدْتُ الحِجارةَ»[٤].

كيفَ وأنّ الخبرَ خاصٌّ والآية عامّة، ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وعن المعارَضةِ بالمعنى:

أمّا القِسمُ الأوَّل: فلا نُسَلِّمُ خُلُوَّهُ عن الرِّبا، بالنَّظَرِ إلى حُكمِ التوزيع، وبيانه أنّهُ إذا باعَ صاعَ حِنطةٍ وصاعَ شَعِيرٍ بصاعَيْ حِنطة، أو صاعَيْ شَعِير، وكانتْ قِيمةُ الصّاعِ من الحِنطةِ دِرهَمَين، وقيمةُ الصّاعِ من الشَّعِيرِ دِرهَمًا، فالصّاعُ من الحِنطةِ الذي معهُ الشَّعِيرُ هو ثُلُثا العِوَض، بالنَّظَرِ إلى القِيمةِ، والصّاعُ من الشَّعِيرِ ثُلُثُ العِوَض.

---

(١) فضالة بن عبيد الأنصاري الأوسي (ت: ٥٣)، صاحب رسول الله ﷺ، شهد أحدًا وما بعدها، استقضاه معاوية على دمشق بوصية من أبي الدرداء، واستخلفه عليها عند سفره، للغزو. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٨: ٢٦٧.

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة وفيها خرز وذهب، ١٥٩١. وعند أبي داود: «حتَّى تُمَيِّزَ بينَهُ وبينَه». «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم، ٣٣٥١.

(٣) في المخطوط: وعددهم، والصواب ما أثبتناه.

(٤) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم، ٣٣٥١.

ومُقتَضَى ذلِكَ عَقْلًا وعُرفًا وقوعُ الصّاع من الحِنطةِ في مُقابَلةِ ثُلُثَيْ ما في الجانِبِ الآخَرِ، فإن كان حِنطةً صِرْفةً ففيه مُقابَلةُ صاعِ حنطةٍ بصاعٍ من الحِنطةِ وثُلُث، وإن كان ما في الجانِبِ الآخَرِ شعيرًا فالصّاعُ من الشَّعِيرِ الذِي مع الحِنطةِ في مُقابَلةِ ثُلُثَيْ صاعٍ من الشَّعِير.

وإذا كان ذلِكَ مُقتَضَى العَقلِ والعُرْف ناسبَ اعتبارُهُ في الشَّرع كذلِك، وتقديرُ الناسِ على ما أَلِفُوهُ وَعَهِدُوهُ؛ لكونِه أقربَ إلى الانقيادِ وأَدْعَى إلى القَبُول.

والشاهِدُ له بالِاعتبارِ ما لوِ اشتَرَى شَيْئَيْنِ مُتَفاوِتَي القِيمةِ بثَمَنٍ واحدٍ وخَرَجَ أحَدُهُما مُسْتَحَقًّا، فإنّهُ يَرْجِعُ بقَدْرِ قِيمَتِه.

وكذلِكَ لوِ اشترَى شِقْصًا وثوبًا مُتفاوِتَي القيمةِ بثَمَنٍ واحد، فإنّ الشفيعَ يَأخُذُ الشِّقْصَ بما يَخُصُّهُ من الثَّمَنِ بقَدْرِ قِيمَتِه، ولولا أنّ الواقِعَ في المعاوَضةِ كذلِك لَما كان ذلِك، وإذا لَزِمَ التَّفاوُتُ في المِعيارِ الشَّرْعِيِّ مع التَّجانُسِ في مالِ الرِّبا كان رِبًا مُحَرَّمًا بنَصِّ الكتاب.

فإنْ قيل: التَّوْزِيعُ في هذِه المسائِلِ إنّما كان دَفْعًا للضَّرَرِ عن الشَّفيعِ والمشتَرِي، قُلنا: وكذلِكَ هُنا يَجِبُ دَفْعًا للضَّرَرِ عن المشتَرِي، بتَقدِيرِ إرادةِ بيعِه مُرابَحةً، أو خُرُوجِ أحدِهما مَعِيبًا بعدَ تَلَفِ الآخَرِ وأخذِ ما يَخصُّه من الثمن.

[أ/ ٣٤] **وأمّا القِسمُ الثّانِي**: فهو مُلْغًى بما سَبَقَ من الإلزامات، وما ذكروهُ منَ العُذرِ عن الإلزامِ الأوَّلِ فعِلّةُ ما قبلَهُ مخالفةُ عمومِ لفظِ العاقد، ولو كان العُرفُ إلى جِهةِ الصِّحّةِ مُعتبَرًا لكان اعتبارُها في تخصِيصِ عُمُومِ لَفْظِه أَوْلَى من إلغائه بالكُلِّيّة.

وما ذكروهُ من العُذرِ عن الإلزامِ الثالِثِ فغيرُ صَحيح، فإنّ صيانةَ التَّصَرُّفِ بعدَ صِحَّتِهِ عمّا يُوجِبُ إبطالَهُ لقُوَّتِهِ أَوْلَى من الِابتداءِ لضَعفِه، واللهُ أعلم.



[٣٢] ـ مسألة [النقود تتعين بالتعيين]

النُّقودُ تتَعَيَّنُ بالتَّعيينِ في العُقودِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وفائدةُ الخلافِ تَظهَرُ في بُطلانِ العَقدِ بتَلَفِها قبلَ القَبضِ وامتناعِ الإبدالِ عندنا، ولا كذلِكَ عِندَه.

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بعَدَمِ التَّعيينِ يَلْزَمُه أحدُ مُمتَنِعَين فيَمتَنِع، وبيان ذلك أنّ المقْتَضِي للتَّعيينِ فيما إذا كان الثمنُ سَبيكةً من ذَهبٍ أو فضة، إن كان مَوجُودًا في مَحَلِّ النِّزاع، فنَفْيُ التَّعْيينِ مع وُجُودِ مُقتَضِيهِ يكونُ مُمْتَنِعًا إلا بمُعارِضٍ، والأصلُ عَدَمُه، وإنْ لمْ يَكُنْ مَوجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ كانتِ العِلّةُ قاصِرةً، والقاصِرةُ باطلةٌ بالإجماعِ من الفرِيقَينِ كما سبقَ تعريفُه.

فإنْ قِيل: لا يَلْزَمُ من كَونِ عِلّةِ الأصلِ غيرَ موجودةٍ في الفرعِ أنْ تكونَ قاصِرةً؛ لجَوازِ وُجودِها في فرعٍ آخَر، فبتَقْدِيرِ قُصورِها يَجِبُ اعتِقادُ كونِها منصوصةً أو مُجْمَعًا عليها، دَفْعًا لمَحذُورِ الإبطال؛ لأنّ القاصِرةَ إذا كانتْ كذلِكَ كانتْ صحِيحةً بالإجماع.

وإنْ سَلَّمنا وُجودَ عِلّةِ الأصلِ في الفَرع، ولكِنْ لا يَلْزَمُ التَّعْيينُ مع المعارِضِ لنَفْيِه، وبيانُه من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلام: «أنّهُ

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٠٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٠٠.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٨٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥١٥.

نَهَى عنْ بَيْعِ الغَرَرِ»[١]، والنهيُ يَدُلُّ على الفسادِ؛ لأنّهُ لا بُدَّ وأن تكونَ الحِكمةُ اقتَضَتِ النَّهيَ، حتَّى لا يَكونَ غيرَ معقولِ المعْنَى، ولا بُدَّ وأن تكونَ راجِحةً على حِكمةِ الصِّحّةِ، وإلا خَرَجَتْ عنْ كونِها باعِثةً على النَّهيِ لما عُلِمَ فيما سَبَق، ويَلزمُ من ذلِك اختِلالُ حِكمةِ الصِّحةِ فلا صِحّة.

وبيانُ وجودِ الغَرَرِ فيما نحنُ فيه: هو أنّ تَغْييرَ الثمنِ قبلَ القبضِ غَرَرٌ؛ لما يَلْزَمُهُ مِن انفِساخِ العَقدِ بتَقدِيرِ تَلَفِهِ قبلَ القبضِ، أو بُطلانِ العقدِ بتَقدِيرِ خُرُوجِهِ مُسْتَحَقًّا للْغَير.

وأيضًا ما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلام: «أنّهُ نَهَى عن بيعِ ما لَمْ يُقْبَضْ، وَرِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ»[٢].

[ب/٣٤] ويَلْزَمُ من تَغْييرِ النَّقدِ عندَ كونِه من رأسِ مالِ القراضِ استرباحُه للمُشتَرِي، مع كونِه غيرَ مضمُونٍ عليه، وهوَ خِلافُ النَّصّ.

وأمّا المعنَى: فهوَ أنّ حُكمَ البَيعِ في جانِبِ الثَّمَنِ إنّما هو ثُبوتُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ في الذِّمّةِ لا النَّقدِ المعيَّن.

وبيانُه من وَجهَين:

الأوَّل: هو أنّ الغرضَ المطلوبَ من الثَّمنِ إنّما هو التوسُّلُ به إلى غيرِه،

---

(١) «صحيح مسلم»، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، **١٥١٣**.

(٢) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، **٣٥٠٤**. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية ما ليس عندك، **١٢٣٤**. وقال الترمذي بعده: «وهذا حديث حسن صحيح». «سنن النسائي»، كتاب البيوع، شرطان في بيع، **٤٦٣١**. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، **٢١٨٨**.

إذا كان من الدراهمِ والدنانير، وذلِكَ الغرضُ لا يَختلِفُ بدرهمٍ دُونَ دِرهم، ولا دينارٍ دُونَ دينارٍ على ما يَشهَدُ بِهِ العُرف، فالبَعضُ المعيَّنُ مِنها لا يَكونُ هوَ مُتَعَلَّقَ حُكمِ البيع، فلا يَكونُ معتبرًا في العَقد.

الثّاني: أنّ لَفْظَ الثمنِ يُشعِرُ بكَونِ الثمنِ صفةً لهُ كالمسَوّدِ والمبَيّض، فإنّهُ يُشعِرُ بكَونِ السَّوادِ والبياضِ صِفةً للمُسَوّدِ والمبَيّض، والنَّقدُ المعتَبَرُ ليسَ كذلِكَ فلا يَكُونُ ثَمَنًا.

وعندَ ذلِكَ فيَجِبُ حَمْلُ الإشارةِ إلى النَّقْدِ المعيّنِ على الكِنايةِ بهِ عن القَدْرِ والجِنْسِ جَمْعًا بينَ الأدِلّة، وخرجَ على ما ذكرناهُ السَّبيكة، فإنّها تُنَزَّلُ مَنزِلةَ العُرُوضِ في اختِلافِ صفاتِها، والأعراضِ المتعَلِّقةِ بها وقِلّةِ وُجودِها، ولِذَلِكَ لمْ تَجْرِ العادةُ بالتَّسامُحِ بإبدالِها، بخلافِ الدراهمِ والدنانير.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّلِ والثّانِي: أنّ الأصلَ عَدَمُ ما قِيل.

وعن الثّالِث: بمَنْعِ وُجودِ المعارِضِ في الفَرع.

وعن النَّصِّ الأوَّل: أنّ ما ذكروهُ من الغررِ مُحْتَمَلٌ في الأصل لمَعنًى هو موجودٌ في الفرعِ لما بَيّنّاه، فكان مُحْتَمَلًا.

وعن النَّصِّ الثّانِي: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُهُ على بَيعِ ما لَمْ يُضْمَنْ بالإتلافِ كالكلبِ ونحوِه.

[وَ] تعبيرُه بالرِّبْحِ الذِي هو مُسَبَّبُ البيعِ عن البيعِ جمعًا بينَ الأدِلّة.

وعن المعنَى: بمَنعِ ما ذكروه.

وعن الوجهِ الأوَّل: أنّهُ مُلغًى بما إذا باعَ مَكِيلةً من زيت، أو حَفْنةً من تَلِّ تراب.

وعن الوجهِ الثّاني: بمَنع كَونِ الثمنِ صِفةً للمُثَمَّن، فإنّهُ لا يَخْرُجُ الثَّمَنُ عن الدراهمِ المحسُوسةِ والمقَدَّرةِ في الذِّمّة، وكلٌّ واحدٍ مِنهُما ليسَ صِفةً للمُثَمَّن، والله أعلم.



[٣٣] ـ مسألة [بيع العقار قبل قبضه]

بيعُ العَقارِ قبلَ قَبضِهِ لا يَصِحُّ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢]، وأجمَعنا على امتِناعِ صِحّةِ بيعِ المنقُولِ قبلَ قبضِه، وعلى اعتِبارِ القَبضِ فيهِما لنَقلِ ضمانِ المبِيعِ إلى المشتَرِي.

ودليلُنـا في المسـألةِ أن نَقُول: قبـضُ العَقارِ أحَدُ مُسَـمَّيِ القَبض، اعتُبرَ [أ/ ٣٥] في نقلِ ضَمانِ المبِيعِ إلى المشـتَرِي، فكان مُعتبَرًا في صِحّةِ البيعِ كالمسـمَّى الثَّانِي.

ودليلُ الملازَمة: هو أنّ القبضَ يُطلَقُ على قبضِ العَقارِ وقَبضِ المنقُول، وقَدْ أجمَعنا على اعتبارِه في نقلِ ضَمانِ المبيعِ إلى المشتَرِي فيهِما، وعند ذلك إما أن يكون اعتبارُ مقصودِ القبض في نقل ضمان المبيع إلى المشترِي فيهما مُتَساوِيًا، أو أنّهُ في أحدِهما أرْجَحُ من الآخَر، لا جائزٌ أن يُقالَ بالثّانِي، وإلا كان ما اختَصَّ به الآخَرُ من زيادةِ المقصودِ مُلغًى؛ لاستِقلالِ المرجُوحِ بالحُكمِ، وهو خِلافُ الأصل، فلَمْ يَبْقَ غيرُ القِسمِ الأوَّلِ وهو المساواة.

وقد أجمَعنا على اعتبارِ القبضِ في المنقولِ في الصِّحة، وعندَ ذلِكَ فإمّا أن يكونَ مُعتبَرًا في الصحةِ لنَفْسِ المقصودِ المعتبَرِ في نَقلِ الضَّمان، أو لغَيْرِه، لا جائزٌ أن يُقالَ بالغَيْر؛ إذِ الأصلُ عدَمُه، ويَلزَمُ من ذلِكَ اعتبارُ القبضِ في

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٠٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٠٢.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٥٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٦٦.

مَحَلِّ النِّزاعِ في الصِّحّة، ضرورةَ المساواةِ بينَ المنقولِ والعَقارِ في مقصودِ نَقلِ الضَّمان، واعتبارِه في الصِّحّةِ في المنقُول.

فإنْ قِيل: سلَّمنا المساواةَ في المقصودِ المعتبرِ في نَقلِ الضَّمان، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنّهُ المقصودُ في الصِّحّةِ في المنقُول.

قولُكم: الأصلُ عدمُ ما سِواه. قُلنا: إلا أنْ يَدُلَّ الدلِيلُ عليه، وبيانُهُ من جِهةِ الإجمالِ والتَّفصِيل:

أمّا الإجمال: فهو أنّ الأحكامَ وسائلُ إلى المقاصد، والأصلُ عند اختلافِ الوسائلِ اختلافُ المتَوَسَّلِ إليهِ على ما هو الغالب، ولِأنّهُ إذا كان المقصودُ مناسبةَ الحُكمِ امتنعَ أن يكونَ مُناسِبًا لغَيرِه؛ لما سَبَقَ في بيعِ الغائب.

وأمّا التَّفصِيل: فهو أنّ القبضَ في المنقولِ إنّما كان مُعتبَرًا في الصحةِ من جِهةِ أنّ المنقولَ قابلٌ للنقلِ والإخفاء، وقابلٌ للتَّلَف، وذلِكَ يُناسِبُ اعتبارَ قبضِهِ في الصِّحّة.

أمّا من جِهةِ الوجهِ الأوَّل: فلِأنّهُ على تقديرِ نَدَمِ البائعِ الأوَّل قد يُخفيه ويَدَّعِي التَّلَفَ؛ ليَحْظَى بالرِّبح.

وأمّا من الوَجهِ الثّانِي: فلِأنّهُ على تقديرِ تَلَفِهِ قبلَ القَبضِ يَنفسِخُ البيعُ الأوَّل، ويكونُ تَلَفُهُ على مِلكِ البائِعِ الأوَّل.

ولِهذا يَجِبُ عليهِ تَجهيزُه وتكفينُه، ويَتَبَيَّنُ بذَلِكَ أنّ البائِعَ الثّانِي باعَ مِلكَ الغيرِ وهو مَنهِيٌّ عنه، ويكونُ بِتقدِيرِ صحّةِ البيعِ الثّانِي مضمونًا على البائعِ الثّانِي، مع كونِه [ب/٣٥] مضمونًا على البائِعِ الأوَّل، وفيه اجتماعُ ضمانَينِ في مالٍ واحد، وهو مُمْتَنِع.

وبِالقَبضِ تَنْتَفي جَمِيعُ هَذِه المحاذِير، وذلِكَ كُلُّهُ غيرُ مُتصَوَّرٍ في العقار، فلا يكونُ القَبضُ فيه مُعتبَرًا في الصِّحّة، وعلى هذا نَقول: إنّهُ لا يَصِحُّ بيعُ عُلُوِّ الدارِ ولا العقار، إذا كان قرِيبًا من بحرٍ أو تَلِّ رَمْلٍ يقربُ انثِيالُهُ عليه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على امتناع الصِّحّة، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على الصِّحّة، وهو قولُه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ووجهُ دلالتِه: ما سبقَ في بيعِ الغائب.

والجوابُ عن الإجمال: بتَرجِيحِ ما ذكرناهُ من الأصل، بما يَلزَمُهُ من تَعْدِيةِ العِلّة، والقصورِ فيما ذكروه.

وعن الاحتمالِ الثّانِي: ما سَبَقَ في بيعِ الغائِب.

وعن الوجهِ الأوَّلِ من التفصِيل: أنّهُ مُلْغًى بما إذا باعَ الحاكمُ مالًا منقولًا لصَبِيٍّ في حِجْرِه، فإنّ الدّاعِيَ لهُ إلى النَّظَرِ في حقِّ مَوْلِيِّهِ إنّما هوَ الدِّين، فلا يتركُ دِينَهُ بارتكابِ جريمةِ الكذبِ حتى يبيعَ مِلكَ الصَّبِيِّ بأكثرَ من ثمنِ المِثل.

وعن التَّفصِيلِ الثّانِي: قولُهم: إنّا نَتبَيَّنُ أنّ البائعَ الثّانِي باعَ مِلكَ الغَير، إنّما يَصِحُّ أنْ لَوْ كان الفَسْخُ فسخًا للعقدِ من أصلِه وليس كذلِك، فإنّ مَعنَى كونِه مضمونًا على البائِع الأوَّلِ أنّهُ تلفَ على مِلكِه، وذلِكَ يَمنَعُ تلفَهُ على مِلكِ البائعِ الثّانِي، بل غايَتُهُ ردُّ كلِّ واحدٍ ما أخذَ من الثَّمنِ وليسَ بضَمان.

وعن الآية: ما سَبَقَ في بيعِ الغائب.

ثـمَّ إنّهـا مُعارَضـةٌ بمـا رُوِيَ عنـهُ عليـهِ السَّـلام: «أنّـهُ نَهـى عنْ بيعِ مـا لَـمْ يُقْبَـضْ»(١).

---

(١) تقدم تخريجه.

وأنّهُ قالَ لحَكِيمِ بنِ حِزامٍ[١]: «إذا ابْتَعْتَ شيئًا فلا تَبِعْهُ حتَّى تَقْبِضَهُ»[٢].

وأنّه قالَ لعَتّابِ بنِ أَسِيدٍ[٣] حِينَ بَعَثَهُ إلى مَكّةَ قاضِيًا: «انْهَهُمْ عنْ بيعِ ما لَمْ يَقْبِضُوهُ»[٤].

والترجيحُ بما ذكرناهُ؛ لأنّهُ ظواهِرُ مُتَعَدِّدَةٌ دالّةٌ على انتِفاءِ الحِلّ، خاصّةً بمَحَلِّ النِّزاع، بخِلافِ ما ذكروه.



(١) حكيم بن حزام بن خويلد الأسدي (ت: ٥٤هـ)، له صحبة، وهو ابن أخي خديجة بنت خويلد، أسلم عام الفتح، وكان عاش ستين سنة في الجاهلية، فعاش في الإسلام مثلها، من سادات الناس في الجاهلية والإسلام. «الاستيعاب في معرفة الأصحاب»، ١: ٣٦٢.

(٢) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ٣٥٠٣. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ١٢٣٣. قال الترمذي: «وحديث حكيم بن حزام حديث حسن». «سنن النسائي»، كتاب البيوع، بيع الطعام قبل أن يستوفى، ٤٦٠١. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ٢١٨٧.

(٣) عتاب بن أسيد بن أبي العيص الأموي، له صحبة، أسلم عام الفتح، فاستعمله النبي ﷺ على مكة حين خروجه إلى حنين، وبقي على ذلك إلى موت رسول الله ﷺ، فأقرّه أبو بكر على إمرة مكة وتوفيا في يوم واحد، كان رجلًا صالحًا خَيِّرًا فاضلًا. «الاستيعاب» لابن عبد البر، ٣: ١٠٢٣.

(٤) «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب البيوع، جماع أبواب الربا، باب النهي عن بيع ما لم يقبض، ١٠٦٨٢. وقال البيهقي: «تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد».

[٣٤] ـ مسألة [رد المبيع ذي الزوائد المنفصلة]

إذا وجَدَ بالمَبِيعِ عَيبًا وقدْ حَدَثَ مِنهُ زَوائِدُ مُنفَصِلةٌ كالوَلَدِ والثَّمرة، جازَ لَهُ الرَّدُ عندنا، وسواءٌ حدَثَتِ الزَّوائِدُ قبلَ القبضِ أو بعدَهُ[١]، خلافًا لأبي حنيفة، فإنّهُ قال: إنْ حدَثَتْ بعدَ القَبضِ كانتْ مانِعةً من رَدِّ الأصلِ [أ/ ٣٦]، ويَتَعَيَّنُ حقُّ المشترِي في الأرْش، وإنْ حَدَثَتْ قبلَ القَبضِ كانتْ مَردُودةً مع الأصلِ[٢]، وفيه وجهٌ لنا[٣].

وأجمَعْنا على جوازِ رَدِّ الأصل، وسلامةِ المنافِعِ والأكْسابِ للمشترِي، وعلى جوازِ الرَّدِّ بعدَ تَلَفِ الزِّيادة، وأمّا العُقْرُ[٤] فهو على الخلاف.

ودليلُنا في المسألة: أنّ القولَ بعَدَمِ جوازِ الرَّدِّ يَلْزَمُه إمّا قُصورُ عِلّةِ جوازِ الرَّدِّ في الأصل، وتَحقُّقِ المعارِضِ في الفَرع، وهُما مُمْتَنِعانِ كما سَبَقَ تَقرِيرُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥١٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣١٠.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٤٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٤٨.

(٣) أي: وجه موافق لقول الحنفية، وهو وجه ضعيف كما قال النووي: «وأما المنفصلة كالأجرة والولد والثمرة وكسب الرقيق ومهر الجارية الموطوءة بشبهة فلا تمنع الرد بالعيب، وتسلَّم للمشتري، سواء الزوائد الحادثة قبل القبض وبعده، وفيما إذا كان الرد قبل القبض وجه ضعيف أنها للبائع، تفريعًا على أن الفسخ دفع للعقد من أصله». «روضة الطالبين» للنووي، ٣: ٤٩٣.

(٤) العُقرُ «ما يجب للمرأة من المال (الصداق) إذا وُطِئت في نكاح غير صحيح، ولم يكن الوطء موجبًا للحد». «معجم لغة الفقهاء» لقلعجي، قنيبي، ص٣١٨.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ امتِناعَ عدمِ عِلّةِ جَوازِ الرَّدِّ في الفرع، وما ذكرتُموهُ من إحالةِ القُصورِ في العِلّة، فقد سَبَقَ الاعتِراضُ عليهِ في تَعْيِينِ النُّقُود.

سلَّمنا وجودَ عِلّةِ جوازِ الرَّدِّ في الفَرع، ولكِنْ إنّما يَمْتَنِعُ انتِفاءُ الحُكمِ أنْ لَوْ لمْ يَتَحَقَّقْ فيه المعارض، وبيانُ تَحَقُّقِهِ من وَجهَين:

الأوَّلُ هو: أنّ شَرْطَ الرَّدِّ بالإجماعِ أنْ يَرُدَّ المبيعَ بكَمالِهِ من غيرِ نَقْصٍ مِنه، والزِّيادةُ من جُمْلَةِ المبيعِ ولَمْ يَرُدَّها، ودليلُ كونِها مَبيعةً: أنّها تابِعةٌ للأصلِ في الوُجودِ وحادِثةٌ مِنه، والأَصلُ مَبيع، فناسَبَ كونَ الزِّيادةِ تابعةً لهُ في حُكْمِ المبِيع، تَرْتِيبًا للْحُكْمِ على وَفْقِ الحقيقة، فإنّهُ أقْرَبُ إلى الانقِيادِ، وأدْعَى إلى القَبُول.

والشاهِدُ له بالِاعتبارِ الزَّوائِدُ المتَّصِلة، فإنّها مَبيعة، بدَلِيلِ رَدِّها مَجّانًا، ولو لَمْ تكُنْ مَبيعةً لَما كان كذلِك، دَفعًا للضررِ عن المشتَرِي، وكذلِكَ ألا تُباع في الرِّقِّ والجزيةِ والكتابةِ والتدبيرِ والأضحية.

الوجه الثّاني: هو أنّ المانعَ من الرَّدِّ موجود، وبيانه هو أنّ الرَّدَّ فسخٌ للعَقدِ من أصلِه، أمّا أنّهُ فَسْخ فلِأنّهُ يَصِحُّ بلَفظِ الفسخ، والأصلُ استِعمالُ اللفظِ فيما أشعَرَ به.

وأمّا أنّهُ فسخٌ للعَقد فلِأنّهُ يُضافُ إلى العَقْد، والأصلُ أيضًا استِعمالُ اللَّفظِ فيما أشْعَرَ به، وأمّا أنّهُ فسْخٌ للعَقدِ من أصلِه فبيانُهُ من وَجهَين:

الأوَّل: هو أنّ الحُكمَ لا يَفْتَقِرُ في دَوامِهِ إلى دَوامِ سَبَبِه، بدَلِيلِ بقاءِ حكمِ البيعِ من المِلْكِ وسائِرِ الانتِفاعاتِ مع عَدمِ البيعِ المحَقَّق، والتقدِيرُ على خِلافِ الأصل، فلا يُصارُ إليهِ إلا لضرُورة، والأصلُ عدمُها.

وإذا لمْ يَكُنِ الحكمُ مُفْتَقِرًا في دوامِهِ إلى دوامِ سَبَبِه ففَسْخُ العقدِ المقَدَّرِ

حالةَ الفسخِ فسخٌ لما ليسَ بسَبَب، فلا يُؤَثِّرُ في رَدِّ المالِك، فيَنبَغِي إسنادُه إلى حالةِ وجودِ البيعِ ليَكُونَ مُفيدًا.

الثّانِي: هو أنّ فسخَ العقدِ من أصلِهِ يَفتَقِرُ إلى تقديرٍ واحد، وهو تقديرُ إسنادِ الفسخِ إلى أوَّلِ وقتِ العَقد، وفسخُه من حَيْثِيّةٍ يَفتقِرُ إلى دَوامِ تقديرِ العقدِ، [و]إلى حالةِ وجودِ الفَسخ، فكان أكثرَ تقدِيرًا، والتقديرُ على خلافِ الأصل، وكان الإسنادُ أوْلَى.

وإذا ثَبَتَ أنّ الردَّ فسخٌ للعقدِ من أصلِه، فيَلْزَمُ مِنهُ تَبيينُ أنّ المِلكَ لَمْ يَثْبُتْ في الزَّوائد، مع أنّها مملوكةٌ للمُشترِي إجماعًا، وهو مُمْتَنِع.

ويَلْزَمُ مِنهُ أيضًا استِرْدادُ جميعِ الثَّمَن، مع سَلامةِ الزَّوائِدِ للمُشتَرِي من غيرِ مُقابِل، مع كَونِ المِلْكِ مُستَنِدًا فيها إلى البيع، وهوَ رِبًا مُحَرَّمٌ بنَصِّ الكِتاب.

والجوابُ عمّا اعتُرِضَ بهِ على القُصورِ أيضًا: ما سَبَقَ في تَغْيِيرِ النُّقود.

وعن المعارَضةِ بفَواتِ الشَّرْط: بمَنْعِ فواتِ الشَّرط.

قولُهُم: إنّ الزَّوائِدَ مَمْلوكةٌ بالبَيع، لا نُسَلِّمُ ذلِك.

قولُهُم: إنّها تابعةٌ للأصلِ في الوجود، وإنْ كان ذلِكَ مُسَلَّمًا في الِابتداءِ دُونَ الدَّوام، فما ذكروهُ من مُناسَبةِ التَّبَعِيّةِ فلا بُدَّ لَها من أصْل، والزَّوائِدُ المتَّصِلةُ فمعْدُودةٌ مع الأصلِ كَجُملةٍ واحدةٍ بخلافِ المنفصِلة، فلا يَلزمُ من التَّبَعِيّةِ ثَمَّ التَّبَعِيّةُ هاهُنا.

وأمّا في الأحكام: فإنّما يَثبُتُ الولدُ تَبَعًا لمِلْكِ الأُمّ، لا أنّها مُسْنَدةٌ إلى سَبَبِ المِلْكِ في الأُمّ، وإنْ سَلَّمْنا المناسَبةَ والِاعتبار، لكِنَّ ما ذكروهُ مَنقُوضٌ بحُكمِ النِّكاحِ والجِنايةِ والوصِيّة، فإنّهُ لا يَتَعَدَّى إلى الولد مع ما ذكروه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكروهُ على أنّ الزيادةَ مَبيعة، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على أنّها غيرُ مَبيعة، وبيانُه من وَجهَين:

الأوَّل: جوازُ رَدِّ الأصلِ بعدَ تَلَفِ الزِّيادة، ولو كانت مَبيعةً أصلًا أو تَبَعًا لَما جازَ الرَّدّ، كما لو سَقَطَ بعضُ أطرافِ العَبدِ المبِيع.

الثّانِي: أنّهُ من المناسِبِ أنْ يَكونُ المِلْكُ في الزَّوائِدِ تابِعًا لمِلْكِ الأصل، والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقِه، والترجيحُ لهُ من حيثُ إنّ المِلكَ في الزيادةِ في ابتداءِ وجودِهِ لا يَنْفَكُّ عن مِلْكِ الأصل، بخِلافِ العَقدِ فإنّهُ يُوجَدُ مُنْفَكًّا عنه، وإسنادُ المِلكِ إلى سَبَبٍ يُجامِعُهُ أوْلَى من سَبَبٍ لا يُجامِعُه.

[٣٧/أ] وعن المعارَضةِ بوُجودِ المانِع: بمَنع كَونِ الرَّدِّ فسخًا للعقدِ، بل هو ردٌّ للمِلْك، فإنّ اعتِبارَهُ في رَدِّ المِلْكِ غيرُ مُفتَقِرٍ إلى تقديرٍ خارجٍ عن ثبوتِ المِلك، وفي اعتبارِه في فسخِ العقدِ لا بُدَّ فيه من تقديرِ العَقدِ مَوجُودًا حالةَ الفسخ، أو تقديرِ الفسخِ حالةَ وجودِ العقد، وهو خلافُ الأصل.

والإضافةُ إلى العقدِ فالمرادُ بها المِلكُ المرَتَّبُ عليهِ تعبيرُه بالسَّبَبِ عن المسَبَّبِ تَجَوُّزًا، والمجازُ أوْلَى من إضافتِهِ إلى العقدِ مع لُزُومِ ما ذكرناهُ من التَّقدِير.

وعلى هذا نقُول: إنّهُ لو أضافَ الفسخَ إلى المِلكِ صحّ، وكان للبائعِ رَدُّهُ على البائعِ الأوَّل، وأنّهُ لو فُسِخَ النكاحُ بعَيْبٍ قَدِيمٍ وَجَبَ المسَمَّى، وإنّما لم تَثْبُتْ فيه الشُّفعةُ لأنّها من خواصِّ البيع.

سلَّمنا أنّهُ فسخٌ للعقد، ولكِنْ لا من أصْلِهِ، بل من حَيْثِية، ودليلُهُ أمران:

الأوَّل: أنّهُ لو باعَ عبدًا بجارية، ثمَّ اطَّلعَ على عَيبٍ قديمٍ بالجارِيةِ بعدَ عتقِ

المشتري للعبد؛ جازَ لهُ الرَّدُّ مع بقاءِ العتق، ولو كان فسخًا للعقدِ من أصلِه لَبطَلَ العتق، لتَبيُّنِ وُقوعِهِ في مِلْكِ الغَير.

والثّانِي: أنّ الفسخَ رَفْعٌ للعقدِ لا دَفْعٌ لَه، وذلِكَ إنّما يكونُ في الزَّمَنِ الثّانِي من وجودِ العَقد، وذلِكَ يَدُلُّ على أنّ الحكمَ يفتقِرُ في دوامِهِ إلى دوامِ سَبَبِه، وإلا كان فسخُ العقدِ ورفعُهُ في ثانِي الحالِ من وجودِه رَفْعًا لما لا يَفتقِرُ إليهِ الحكمُ في دوامِهِ فلا يكونُ مُفيدًا.

ومِمّا[1] ذكروهُ في ترجيحِ الإسنادِ من قِلّةِ التَّقدِيرِ فغَيرُ صَحيح؛ فإنّا إذا قَدَّرْنا فسخَ العقدِ من حَيْثُ لا يَفتَقِرُ إلى تقديرِ بقاءِ العقدِ من وقتِ وجودِه إلى حالةِ الفسخِ ليَلْزَمَ ما قالوه قبل حالة الفَسْخِ لا غير، والفسخُ محقَّق.

وما ذكروهُ يَفتَقِرُ إلى تقدِيرَين، وهُما: تقدِيرُ العَقد، وتقدِيرُ ورُودِ الفسخِ عليه، وإذا بَطَلَ كونُ الفسخِ فسخًا للعَقدِ من أصلِه بَطَلَ كلُّ ما بُنِي عليه، والله أعلم.



(١) كذلك في المخطوط، ولعل الصواب: «وما».

[٣٥] ـ مسألة [إذا وطئ الثّيّب واطّلع على عيب قديم]

المشترِي إذا وَطِئَ الثَّيِّبَ واطَّلَعَ على عيبٍ قديم جازَ لهُ الرَّدُّ عندنا[١]، خِلافًا لأبِي حنيفة[٢].

ودليلُنا ما ذكرناهُ في الزوائدِ المنفصِلةِ تحرِيرًا وتقرِيرًا، فعليكَ بنَقلِهِ إلى هاهُنا.

[ب/ ٣٧] فإنْ قِيل: أمّا ما يَتعلَّقُ بالقُصورِ فقد عُرِفَ وجهُ الكلامِ عليه، وبتقدِيرِ تَسلِيمِ وجودِ عِلّةِ الرَّدِّ في الفرع، فإنّما يَمتنِعُ نَفْيُ الرَّدِّ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ المعارِض.

وبيانُ وجودِه من جِهةِ الإجماعِ والمعنَى؛ أمّا الإجماع: فيَدُلُّ عليهِ ما رُوِيَ عن عُمَرَ وزَيدِ بنِ ثابتٍ[٣] أنّهُما قالا: «يَرُدُّها ويَرُدُّ معها نِصفَ عُشرِ قِيمَتِها إن كانت ثَيِّبًا، وعُشرَ قِيمَتِها إن كانت بِكْرًا»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥١٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٠٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٦٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٩٠.

(٣) زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري النجاري (ت٤٥هـ)، فقيه مجتهد، عالم إمام، جامع القرآن، وصاحب رسول الله ﷺ، استُصغِرَ يوم بدر، وشهد أحدًا وما بعدها، وكان كاتب أبي بكر وعمر، استخلفه عمر وعثمان على المدينة غير مرة. ابن عبد البر، «الاستيعاب»، ٢: ٥٣٧.

(٤) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب البيوع والأقضية، الرجل يشتري الأمة فيطأها ثم يجد بها عيبًا، ٢٠٨٨٤. الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، ٣٨٣٤. وقال الدارقطني: «هذا مرسل، عامر لم يدرك عمر رضي الله عنه». وقال البيهقي: «قال الشافعي رضي الله عنه: =

وأيضًا ما رُوِيَ عَن عَلِيٍّ وابنِ عُمَرَ[١] أنّهما قالا: «يَرُدُّها ويَتَعَيَّنُ حَقُّهُ في الأرْشِ»[٢].

حَكَمُوا بامتِناعِ الرَّدِّ مَجّانًا، مع شُهْرةِ ذلِكَ فيما بينَ الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ فكان إجماعًا.

وأمّا المعنَى فمن وجهَين:

الأوَّل: أنّ شَرْطَ الرَّدِّ أنْ يَرُدَّها من غيرِ نقصٍ من المقصودِ بالبيعِ، فإنّهُ مُناسِبٌ لما فيه من دَفعِ الضررِ عن البائع، والشاهدُ لهُ بالِاعتبارِ ما لو سَقَطَ بعضُ أطرافِها.

وبيانُ فواتِ جُزْءٍ مَقصودٍ مِنها من وجهَين:

الأوَّل: أنّ ماءَها جزءٌ مقصودٌ مِنها بالبيع؛ أمّا أنّهُ جُزْءٌ فدَلِيلُهُ النَّصُّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصّ: فقَولُهُ تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ [الأعراف: ١٨٩]، ومن للتَّبْعِيض.

وقولُهُ عليهِ السَّلام: «فاطمةُ بَضْعةٌ مِنِّي»[٣]، أيْ: بَعْضٌ مِنِّي، والأصلُ في

= لا نعلمه يثبت عن عمر ولا علي ولا واحد منهما». «السنن الكبرى» للبيهقي، ١٠٧٤٧.

(١) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي (ت٧٣هـ)، فقيه مجتهد، وإمام محدث، صاحب رسول الله ﷺ، هاجر مع أبيه إلى المدينة وشهد فتح مكة، أفتى ستين سنة في الإسلام، عُرِضت عليه الخلافة بعد موت عثمان فامتنع، وكان آخر الصحابة موتًا بمكة. ابن عبد البر، «الاستيعاب»، ٣: ٩٥٠.

(٢) «مصنف عبد الرزاق»، كتاب البيوع، باب الذي يشتري الأمة فيقع عليها، ١٤٦٨٥. وقال البيهقي: «وهو مرسل، وعلي بن الحسين لم يدرك جده عليًّا». «السنن الكبرى» للبيهقي، ١٠٧٤٥.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب أصحاب النبي ﷺ، باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ، ومنقبة =

الإطلاقِ الحقِيقة، وإنّما تَتَحَقَّقُ البعضِيّةُ أنْ لوْ كان الماءُ الذِي يُخْلَقُ منهُ الولدُ جُزْءًا.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ المنِيَّ دَمٌ استحالَ بنارِ الشَّهوةِ مُبْيَضًّا، والدَّمُ جزءٌ من الآدمِيّ؛ إذْ لا بَقاءَ لهُ دُونَه، وأمّا أنّهُ مَقصودٌ فلِأنّهُ يَتعلَّقُ بِهِ أغراضٌ مُهِمّةٌ من كمالِ القُوّة، وكَمالِ مَنفَعةِ التَّمكِينِ من الوَطْءِ وحصولِ الولد، وقدِ استوفاهُ بالوَطء؛ لكَونِهِ مَظِنّةَ الإنزالِ غالِبًا.

الثّانِي: أنّ منافِعَ البُضعِ مُلحَقةٌ بالأجزاءِ الحَقِيقِيةِ حُكمًا، وبيان ذلك أنّها لا تُستَبَاحُ بالبَذْلِ والإباحة، وأنّ مُتْلِفَها لا يَخلُو عن عقدٍ وعقوبة، وأنّ العقدَ يَرِدُ عليها مُؤَبَّدًا كالأجزاءِ الحقِيقِيّةِ بخلافِ سائرِ المنافِع، وقدِ استَوْفاها بالوَطْء.

الوجهُ الثّانِي من جِهةِ المعْنَى: هو أنّ الرَّدَّ فسخٌ للعَقدِ من أصلِه؛ لِما سَبَقَ في المسألةِ المتَقَدِّمة، ويَلْزَمُ من ذلِكَ تَبْيينُ وُقوعِ الوَطْءِ في مِلْكِ الغَيْر، وذلِكَ مِمّا يَمْنَعُ من الرَّدّ؛ لما فيه من إضرارِ المالِك، بسبَبِ تنقيصِ قيمةِ الجارية؛ [٣٨/أ] لقِلّةِ الرَّغباتِ فيها؛ لِما يَلحَقُها من العارِ بالوطْء، ولِخُلُوِّهِ عن العقدِ والعقوبةِ الملازِمةِ للوطْءِ في مِلكِ الغيرِ إجماعًا.

والجوابُ عن القصور: ما سَبَق.

وعن الإجماع: أنّهُ لا إجماعَ مع المخالَفة، وقد نُقِلَ عن زيدِ بنِ ثابتٍ مثلُ مَذهَبِنا، ثمَّ إنّهُ مُعارَضٌ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلام: «أنّهُ قَضَى بالرَّدِّ بالعَيبِ»(١).

= فاطمة عليها السلام بنت النبي ﷺ، ٣٧١٤. «صحيح مسلم»، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب فضائل فاطمة بنت النبي عليه الصلاة والسلام، ٢٤٤٩.

(١) نحوه في «مسند أحمد»، مسند عائشة رضي الله عنها، ٢٤٥١٤. «كنز العمال» للمتقي =

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناه.

وعن المعارَضةِ بالمعنَى الأوَّل: نَمْنَعُ كَونَ مائِها جُزْءًا مِنها، والنُّصوصُ فلا حُجّةَ فيها؛ فإنّ (مِن) قدْ تَرِدُ في صورةٍ لا تبعيضَ فيها، كقَولِهِمْ: هذا الكتابُ وَرَدَ من الأمِير، ويَجِبُ حَمْلُها على مَعْنًى مُشْتَرَكٍ بينَ الصُّورتَين، وهوَ البَيانُ والتَّمْييز، نَفْيًا للتَّجوُّزِ والاِشتِراكِ عن اللفظ.

قولُهِمْ: المنِيُّ دم، لا نُسَلِّم، وإنْ سَلَّمْنا ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنَّ الدَّمَ الذِي يُتَصَوَّرُ بَقاءُ الآدَمِيِّ دُونَهُ جُزْء، سَلَّمنا أنّهُ جُزءٌ مَقصود، ولكِنَّ فواتَهُ لا يَمنَعُ من الرَّدّ، بدَليلِ ما إذا احتَلَمَتْ وصدَّقَها المشترِي على ذلِك، فإنّهُ لا يَمنَعُ من الرَّدّ.

قولُهمْ: إنّ منافِعَ البُضعِ مُلحَقةٌ بالأجزاءِ الحَقِيقِيّةِ حُكْمًا، غيرُ مُسَلَّمٍ؛ إذِ الأصلُ إنّما هو تقرِيرُ الحقيقة.

وما ذكروهُ من الأحكام: إنّما كان ذلِكَ لَها لتَمْييزِها عن غَيرِها من المنافِع؛ لِزيادةِ شرَفِها بشَرَفِ ما هِيَ وَسِيلةٌ إليهِ من بقاءِ العالمِ إلى اليومِ الموعُود.

وعن المعارَضةِ الثّانية: أنّها مَبْنِيّةٌ على أنّ الرَّدَّ فسْخٌ للعَقدِ من أصلِه، والوجهُ في الكلامِ عليهِ ما سَبَقَ في المسألةِ التِي قبلها، واللهُ أعلم.



= الهندي، ٩٩٥٣.

[٣٦] ـ مسألة [الانفراد بردّ المبيع من أحد مشتريين]

إذا باعَ مالًا من شخصَينِ فوَجَدا بِهِ عَيبًا، فلِأحَدِهِما أن يَنفَرِدَ برَدِّ نَصِيبِهِ عندنا[١] على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ[٢]، والقولُ الثّانِي[٣] ـ وهو مَذهبُ الخَصْمِ ـ: أنّ جَوازَ الرَّدِّ مُتَوَقِّفٌ على مُساعَدَتِهِما على ردِّ الجميعِ[٤].

وكذا الخِلافُ فيما إذا شُرِطَ لهُما الخِيار، وفي خِيارِ الخلف في الصِّفةِ وخيارِ الرُّؤية، ولهُمْ خِلافٌ فيما إذا كان المبِيعُ لا يَتَعَيَّبُ بالتَّبْعِيضِ كالمكِيلِ والموْزُون، فأجْمَعْنا على أنّهُ لو تَعَدَّدَ البائِعُ واتَّحَدَ المشتَرِي، أنّ لَهُ رَدَّ نَصِيبِ أحدِهِما دُونَ الآخَر. [ب/٣٨]

ودليلُنا في المسألة: ما ذكرناهُ في مَسألةِ الزَّوائِدِ المنفصِلة، والاعتراضِ على القُصور، والجواب على ما سَبَق، فعَلَيكَ بنَقلِهِ إلى هاهُنا.

والذِي يَخْتَصُّ بهذِهِ المسألةِ أنْ يُقال: وإن وُجِدَتْ عِلّةُ جوازِ الرَّدِّ في الفَرعِ غيرَ أنّهُ قد وُجِدَ في الفَرعِ ما يَمْنَعُ من الرَّدّ، وهو عَودُ بعضِ المبِيعِ إلى

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥١٥.

(٢) قال الجويني: «وإن أراد أحدُهما أن ينفرد بالردّ دون صاحبه فالمنصوص عليه للشافعي في كتبه الجديدة، ومعظم كتبه القديمة، أن لكل واحد منهما أن ينفرد». «نهاية المطلب» للجويني، ٥: ٢٢٠.

(٣) قال الجويني: «ونقل أبو ثور قولًا للشافعي موافقًا لمذهب أبي حنيفة». «نهاية المطلب» للجويني، ٥: ٢٢١.

(٤) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٦٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٨٥.

البائعِ مُتَشَقِّصًا، والتَّشْقِيصُ مُنَقِّصٌ للقِيمةِ عُرْفًا، وهو إضرارٌ في حَقِّه، والضَّرَرُ مَنْفيٌّ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإِسْلامِ»[١].

وهذا بخِلافِ الأصل، فإنّ نَصِيبَ المردُودِ عليهِ كان مُشَقَّصًا، وقد عادَ إليهِ مُشَقَّصًا فلا ضَرَرَ عليهِ في الرَّدّ.

والجوابُ عنه: أنّ الخَبرَ مُشتَرَكُ الدَّلالة، فإنّ الضَّرَرَ وإنْ كان مَوجُودًا في حقِّ البائعِ بالتَّشْقِيص فالضَّرَرُ بتَقدِيرِ عَدَمِ الرَّدِّ لازِمٌ في حَقِّ المشترِي؛ حيثُ ألْزَمناهُ بالمعِيبِ في مُقابَلةِ ثَمَنِ السَّلِيم، وفَوَّتْنا عليهِ غرَضَهُ من صِفةِ السَّلامة، وليسَ أحَدُ الضَّرَرَينِ بالدَّفعِ أوْلَى من الآخَر.

وضرَرُ المشتَرِي وإن كان مُنجَبِرًا بالأرْشِ وضرَرُ البائِعِ لا جابِرَ له، إلا أنّ ضررَ العيبِ لم يَستَنِدْ إلى فِعلِ المشتَرِي بوَجْهٍ من الوُجوه، بخِلافِ ضَرَرِ التَّشْقِيصِ فإنّهُ مُستنِدٌ إلى العَقد، وهو من فِعلِ البائِع من وَجْه.

ولا يَخْفَى أنّ إلزامَ الضَّررِ لمَنْ يَسْتَنِدْ ذلِكَ الضَّرَرُ إلى فِعْلِهِ من وجهٍ أوْلَى من إلزامِ الضَّررِ لمَنْ لَمْ يَستَنِدْ ذلِكَ الضَّررُ إلى فِعْلِهِ ولا من وَجْه، ولِأنّ الغالِبَ من البائعِ أنْ يكونَ عالِمًا بالعَيب، فكان مُدَلِّسًا مُلَبِّسًا على المشتَرِي، بخِلافِ المشتَرِي؛ إذْ هو غيرُ مُدَلِّسٍ ولا مُلَبِّس، فكان إلزامُ الضَّرَرِ للمُدَلِّسِ أوْلَى.

ولِأنّ ضَرَرَ العَيبِ مَنصُوصٌ على دَفْعِهِ بخصُوصِه، بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ «أنّهُ قَضى بالرَّدِّ بالعَيْبِ»[٢].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

ودَفْعُ ضَرَرِ التَّشْقِيصِ غيرُ مَنصُوصٍ عليهِ بخُصُوصِه، بَلْ لعُمُومِ كَونِهِ ضررًا، فكان ما ذكرناهُ أوْلَى، والله أعلم.



[٣٧] ـ مسألة [إلحاق الزيادة بالثمن أو المثمّن]

إلحاقُ الزِّيادةِ بالثَّمَنِ أوِ المُثَمَّنِ لا يَصِحُّ عندنا[١]، خِلافًا لأبِي حنيفةَ[٢]، وكذلِكَ الخلافُ في الحَطِّ، ولنا خِلافٌ في مُدّةِ المجْلِس، وخيارِ الشَّرطِ بالعَيْب، وخيارِ الرَّدِّ بالعَيْب.

ودليلُنا أنّ صِحَّةَ / إلْحاقِ الزِّيادةِ بالثَّمَنِ والمُثَمَّنِ يَستَدعِي دليلًا، والأصلُ [أ/ ٣٩] عَدَمُه، فإن قيل: دليلُ الصحةِ أنّ إقدامَ العاقدَينِ العاقلَينِ هذا على طلبِ الزيادةِ وهذا على بذْلِها دليلُ تَعَلُّقِ الحاجةِ بها، فمن المناسِبِ القضاءُ بالصِّحّة، تَحصِيلًا لمَقصُودِهِما، ودَفْعًا للضَّرَرِ عنهُما بإبطالِ تَصَرُّفِهِما.

والشاهِدُ لهُ بالِاعتِبارِ النَّصُّ والحُكْم:

أمّا النَّصّ: فقولُهُ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[٣].

وأمّا الحُكْم: فثُبُوتُ المِلْكِ في أرْشِ العَيْبِ عِندَ تَعَذُّرِ رَدِّه، والقَضاء بصِحَّته لازِمًا ناجِزًا جائزًا رَدُّهُ عندَ ظهورِ العَيبِ فيه، وهذا هو القدرُ الذِي نُبَيِّنُهُ في إلْحاقِ الزِّيادةِ لا غير.

والجواب: وإنْ سَلَّمْنا المناسَبة، لَكِنْ لا بُدَّ لَها من أصلٍ شاهدٍ بالِاعتِبار، والنَّصُّ فغايتُه الدَّلالةُ على انتِفاءِ الضَّرَرِ المتَعَلِّقِ بالإسلام، والضَّرَرُ فيما نَحْنُ

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣١٩.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٤٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٤٦.

(٣) تقدم تخريجه.

فيه إنّما هو لازِمٌ من عَدَمِ المقْتَضِي للصِّحّةِ لا من الإسلام، فلا حُجّةَ فيه.

وأمّا أرْشُ العَيب: فهو واجِبٌ ضمانًا لما فاتَ من صِفةِ السَّلامة، وأنّهُ مُسْتَحَقٌّ وموجبٌ للرَّدّ، والضَّرَرُ النّاشِئُ من العَيْبِ فيه أظْهَرُ من الغَبْن، وأنّهُ مَنْسُوبٌ إلى تَدْلِيسِ البائِعِ وتَلْبيسِه؛ إذِ الغالِبُ من حالِهِ العِلمُ بالعَيْب، ولا كذلِكَ فيما نَحْنُ فيه في جميعِ هذِهِ الأُمُور، فلا يَلْزَمُ التَّعْدِيةُ به، واللهُ أعلم.



[٣٨] ـ مسألة [تصرّفات الفضوليّ]

تَصَرُّفاتُ الفُضوليِّ لاغِيةٌ عندنا[١] على القولِ الجَدِيدِ[٢]، خلافًا لَهُمْ، فإنّهُمْ قالوا: كلُّ تَصَرُّفٍ لَهُ مُجيزٌ حالَ وُقوعِه، فإنّهُ يَنعَقِدُ من الفُضوليِّ مَوْقُوفًا نَفاذُهُ على إجازةِ المالِك، فإنْ أجازَ نَفَذَ حُكْمُهُ مُسْتَنِدًا إلى حالةِ العَقْد، وإنْ لَمْ يُجِزْ بَطَلَ التَّصَرُّفُ[٣]، غَيْرَ أنّ أبا حَنِيفةَ يَعْتَقِدُ ثُبُوتَ المِلْكِ في الحال، ويُوقِفُ ثَمَراتِهِ على الإجازةِ[٤].

ومَذهبُ مُحمَّدِ بنِ الحَسَنِ[٥] أنّ المِلْكَ غيرُ ثابِتٍ في الحال، بلْ ثُبُوتُهُ مَوقُوفٌ على الإجازةِ[٦].

وقد أجْمَعْنا على امتِناعِ صِحّةِ ما لا مُجيزَ لهُ كالطَّلاقِ والعِتقِ في حَقِّ الصَّبِيّ.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٢٦.

(٢) قال النووي: «فلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية، فقولان: الجديد بطلانه، والقديم أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، وإلا لغا». «روضة الطالبين» للنووي، ٣: ٣٥٥.

(٣) «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٦٩.

(٤) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٥: ٢٦٤.

(٥) محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٧هـ) إمام مجتهد، حضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقَّه على أبي يوسف، صنف الكتب الكثيرة النفيسة التي لم يُسبَق لمثلها، قال الشافعي: «ما رأيت أحدًا يُسأل عن مسألة فيها نظر إلا تبيَّنت في وجهه الكراهة إلا محمد بن الحسن». «طبقات الفقهاء» للشيرازي، ص١٣٥.

(٦) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٥: ٢٦٤.

ودليلُنا في المسألةِ أنّ القولَ بالصحةِ يَلزَمُهُ أحدُ مُمْتَنِعَيْنِ فيَمْتَنِع، وبيانُ الملازمة: هو أنّ المقصودَ المعتَبَرَ في نَظَرِ الشّارعِ الحاصلَ من تَصَرُّفاتِ الفُضوليّ إمّا أن يكونَ مُساوِيًا للمقصُودِ الحاصلِ من تَصَرُّفِ المالِكِ [ب/ ٣٩] ، أوْ أزْيَدَ، أوْ أنقَص.

فإنْ كان الأوّلَ أوِ الثّانِي: فيَلْزُمُهُ صِحّةُ تَصَرُّفِ الفُضُوليِّ نافِذًا غيرَ مَوقُوفٍ على الإجازة، لتَساوِيهِما في المقصودِ على أَحَدِ التَّقدِيرَين، وبِطَرِيقِ الأَوْلَى على التَّقدِيرِ الآخَر.

وإن كان الثّالث: فيَلْزَمُهُ إلغاءُ ما اختَصَّ بتَصَرُّفِ المالِكِ من زِيادةِ المقصودِ المعتَبَر، وكلٌّ واحدٍ من الأمرَينِ مُمْتَنِع.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ صِحّةَ القِسمةِ على ما ذكرناهُ في تَبْيِيتِ النِّية، سلَّمنا ذلِك، ولكِنْ ما المانِعُ من المساواة، ولا يَلزَمُ من المساواةِ في مَقصُودِ الصِّحّةِ المساواةُ في مَقصودِ النُّفوذ؛ لأنّ الأصلَ عندَ اختِلافِ الأحكامِ اختلافُ مقاصدِها، على ما قرَّرناهُ في بَيعِ العقارِ قبلَ القَبض.

سلَّمنا الِاشتِراكَ في مَقصُودِ النُّفوذ، غيرَ أنّ المعارِضَ للنُّفوذِ مَوجُود، وبيانه أنّ القولَ بالنُّفوذِ غيرَ مَوقوفٍ على إجازةِ المالِكِ ورِضاهُ إضرارٌ به، فكان مُناسِبًا للنَّفْي، والنَّفْيُ مُرَتَّبٌ عليه، فكان مانِعًا لَهُ، بخلافِ الحُكمِ بالصِّحة، فإنّه مَوقوفُ النُّفوذِ على إجازةِ المالِك، فإنّهُ لا ضررَ عليهِ فيه، بلْ لهُ فيه مَصلحةٌ؛ لأنّهُ إنْ رَآهُ مُوافِقًا لَهُ أجازهُ وَإلا أبْطَلَه.

سلَّمنا القِسمَ الثالِث، لكِنَّهُ لا يَلزَمُ مِنهُ امتناعُ الصِّحّة؛ لما ذكرناهُ من الاعتِراضاتِ في بيعِ الغائب، فعليكَ بنقلها إلى هاهُنا.

سلَّمنا دَلالَةَ ما ذكرتموهُ على امتِناعِ الصِّحّة، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بقولِهِ تَعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وبِما رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنّه: دَفَعَ إلى حَكيمِ بنِ حِزامٍ دِينارًا لِيَشْتَرِيَ بهِ شاةً للأُضْحِيةِ، فاشْتَرَى بهِ شاةً وباعَها بدِينارَينِ، واشتَرَى بأَحَدِهِما شاةً، وأَتَى بها إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال له: «بارَكَ اللهُ لَكَ في صَفْقَةِ يَمِينِكَ»[1].

وأيضًا فقد رُوِيَ أنّه دَفَعَ دِينارًا إلى عُروةَ البارِقِيِّ[2] لِيَشتَرِيَ به شاةً للأُضحِيةِ، فاشتَرَى بهِ شاتَينِ، وباعَ إحداهُما بدِينار، وجاءَ بالدِّينارِ والشّاةِ إلى النَّبيِّ ﷺ، فدَعا له، وأمَرَهُ «أنْ يَتصَرَّفَ في الدِّينارِ وَيُضَحِّيَ بالشّاةِ»[3].

وذلك دليلُ الصحة.

والجوابُ عن الأوَّل: ما ذكرناهُ في تَبْيِيتِ النِّية.

وعن الثّاني: ما ذكرناهُ في بيعِ العقار.

وعن الثّالث: أنّا نَمْنَعُ وجودَ [أ/٤٠] الإضرارِ بتَقدِيرِ التَّساوِي بينَ تَصَرُّفِ المالِكِ وتَصَرُّفِ الفُضوليِّ في مَقْصُودِ النُّفوذ.

---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، ٣٣٨٦. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، ١٢٥٧. وقال الترمذي بعده: «حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام».

(٢) عروة بن عياض بن أبي الجعد البارقي، له صحبة، استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة قبل استقضاء شريح. «الاستيعاب» لابن عبد البر، ٣: ١٠٦٥.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، ٣٣٨٤، ٣٣٨٥. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، ١٢٥٨. «سنن ابن ماجه»، كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح، ٢٤٠٢. قال ابن حجر العسقلاني: «وقال المنذري والنووي: إسناده حسن صحيح؛ لمجيئه من وجهين». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ١١.

وعن الاعتِراضاتِ على القِسمِ الثّالِث: ما سَبَقَ في بَيعِ الغائِب.

وعن الآية: ما سَبَقَ أيضًا في بَيعِ الغائِب.

وعن الخَبرَين: بأنّ حَكِيمًا وَعُروةَ كانا وَكِيلَيْنِ على الإطلاقِ في البَيْعِ والشِّراء، وإلا لَما جازَ لَهُما تَسْلِيمُ المَبِيعِ وقبضُ الثَّمَن؛ لامتِناعِ ذلِكَ على الفُضولِيِّ إجماعًا.

ومع ذلِكَ فهو مُعارَضٌ بقَولِهِ عليهِ السَّلامُ لحكيمِ بنِ حِزام: «لا تَبِعْ ما لَيْسَ عِندَكَ»(١).

وأرادَ بِهِ بَيْعَ ما لَيسَ في مِلكِه، وهو عامٌّ في بَيعِ ما ليسَ في مِلكِهِ لنَفسِهِ ولِغَيرِه، وأَدْنَى دَرجاتِ النَّهيِ عدمُ الإباحة، ولَمْ يَقُولُوا به.

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ أوَّلًا، واللهُ أعلم.



(١) تقدم تخريجه.

[٣٩] ـ مسألة [البيع الفاسد غير منعقد]

البيعُ الفاسِدُ غيرُ مُنعَقِدٍ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفةَ في قَوْلِهِ بانعِقادِه مُفيدًا للْمِلكِ الخَبيثِ بعدَ القَبْضِ[٢].

ومعنَى كونِهِ خَبيثًا: استِحقاقُ نَقْضِه، وامتِناعُ الانتِفاعِ به، كالِاستِخدامِ والوَطْءِ والأكل، دُونَ البيعِ والإعتاقِ والتَّصَدُّق.

وصورةُ المسألةِ ما إذا باعَ بعيرًا بجِنسِه، أوْ إلى أجَلٍ مَجهُول، أوْ بثَمَنٍ مَجهُول، أوْ بشَرْطِ خِيارٍ مَجهول، أوْ زائدٍ على المدّةِ المضرُوبةِ شَرْعًا، أوْ باعَ مالَ الرِّبا بجِنْسِهِ مُتَفاضِلًا، ولهُمْ فيما إذا باعَ الخَمْرَ أوْ باعَ المَيْتةَ خِلاف.

ودلِيلُنا في المسألة: أنّ القولَ بانعِقادِ البيعِ يَلْزَمُهُ أحَدُ مُمْتَنِعَينِ فيَمْتَنِع، وبَيانُ الملازَمة: أنّ المقصُودَ اللازِمَ مِنِ انعِقادِهِ إمّا أن يكونَ مُساوِيًا للْمَقصُودِ اللازِمِ من البيعِ الصَّحِيحِ أوْ أزْيَدَ أوْ أنْقَص.

والأوّلُ والثّانِي: يَلْزَمُهُ إفادةُ المِلْكِ الحَلالِ حالًا.

والثّالِث: يَلْزَمُهُ إلغاءُ المقصودِ الزّائِدِ في البيعِ الصَّحِيح، وكُلُّ واحدٍ من الأمْرَينِ مُمْتَنِع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٢٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٢٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٢٧. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٢٣.

والوجهُ في الِاعتِراضِ والِانعِقاد: ما سَبَقَ في المسألةِ التِي قبلَها، فعَلَيكَ بنَقلِهِ إلى هاهُنا.

وتَخْتَصُّ هذِه المسألةُ بالمعارَضةِ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «لا تَبِيعُوا الدِّرْهَمَ بالدِّرْهَمَيْنِ»(١).

نَهْي، والنَّهْيُ طلبُ امتِناعِ البَيع.

والطَّلبُ يَسْتَدْعِي تَصَوُّرَ المطلُوبِ في نَفْسِه، والأصلُ تنزِيلُ نَهْيِ الشّارعِ على مَصْلَحة، وهو البيعُ الشَّرعِيُّ المعتَبَرُ شَرعًا، فكان النَّهيُ عنهُ دليلَ اعتِبارِه. [ب/ ٤٠]

وجوابُه: يُمنَعُ تصوُّرُ النَّهي عن البيعِ المعتَبَرِ شرعًا، وعلى تَقدِيرِ التَّسلِيمِ فغايَتُهُ الدَّلالةُ على إمكانِ الوُقوع.



(١) «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب الربا، ١٥٨٥.

[٤٠] ـ مسألة [شراء الكافر عبدًا مسلمًا]

إذا اشتَرَى الكافِرُ عَبْدًا مُسلِمًا لا يَصِحُّ عِندَنا[١] على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ[٢]، والقولُ الثّانِي[٣] ـ وهو مَذهبُ أبِي حَنِيفةَ ـ: يَصِحُّ ويُحالُ بَينَهُما، ويُؤْمَرُ بإزالةِ المِلكِ بأيِّ طَرِيقٍ شاءَ من بَيعٍ أوْ هِبةٍ أوْ إعتاق، وإنِ امتَنَعَ من إزالةِ المِلْكِ باعَ عليهِ الحاكِمُ[٤].

وأجمَعنا على ثُبوتِ المِلكِ للكافِرِ على المسلِمِ فيما إذا وَرِثَه، أوْ أسلَمَ في يَدِهِ، وعلى صِحّةِ بَيعِهِ بعدَ ذلِكَ من المسْلِم، وأجمَعنا على امتِناعِ صِحّةِ نِكاحِ الكافِرِ للْمُسْلِمة.

ودلِيلُنا في المسألةِ أنّ القولَ بالصِّحّةِ يَستَدعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه، فإنْ قِيل: دَلِيلُ الصِّحّةِ النَّصُّ والمعْنَى؛ أمَّا النَّصُّ فقولُهُ تعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فإنّهُ يَدُلُّ على الصِّحّةِ مع ما سَبَقَ في بَيعِ الغائِب.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٣٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٢٨.

(٢) قال النووي: «وصححَّ الجمهورُ قولَ البطلانِ، وهو الصحيح، ممن صحَّحَهُ المصنِّفُ في «التنبيهِ»، والجرجاني في «التحرير»، والبغوي، والغزالي، وصاحبُ «الانتصارِ»، والرافعيُّ وآخرونَ». «المجموع شرح المهذب»، ٩: ٣٥٥.

(٣) قال النووي: «صحَّحَ الشيخُ أبو حامدٍ في تعليقِه وصاحبُ «البيان» القولَ بالصِّحّةِ». «المجموع شرح المهذب»، ٩: ٣٥٥.

(٤) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٠. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٥١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٥٨.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ صُدُورَ التَّصَرُّفِ من العاقِدَينِ العاقِلَين في المحَلِّ القابِلِ لِحُكمِ البَيعِ ـ وهو ثُبوتُ المِلْكِ ـ فيه دَلِيلُ تَعَلُّقِ حاجَتِهِما بِصِحّةِ التَّصَرُّف، تَحصِيلًا لمَقصُودِهِما، ودَفْعًا للضَّرَرِ اللازِمِ من إبطالِ تَصَرُّفِهِما.

والشّاهِدُ لهُ بالِاعتِبار: قولُهُ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسلامِ».

وشِراءُ [الكافرِ] المسلِمَ [إضْرارٌ].

والجوابُ عن الآية: ما سَبَقَ في بَيعِ الغائِب.

كَيفَ وهِيَ مُعارَضةٌ بقَولِهِ تعالَى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]؟

وإثباتُ المِلْكِ للكافِرِ على المسْلِمِ إثباتُ سَبِيلٍ عليه، فكان مَنْفيًّا بعُمُومِ الآية.

وإذا تعارَضَ النَّصّانِ سُلِّمَ لَنا ما ذكرناه، كَيْفَ وأنّ التَّرجِيحَ لآيَتِنا؛ لأنّها تَتناوَلُ تَصَرُّفَ الكافِرِ بخُصُوصِه، وآيَتُهُمْ تَتناوَلُهُ بعُمُومِ لَفْظِ البَيعِ؟

وعن المعْنَى: بمَنْعِ المناسَبةِ فيه، وما ذكَرُوهُ إنّما يَكُونُ مُناسِبًا أنْ لَوْ لَمْ يَلْزَم مِنهُ مَفسدةٌ مُساوِيةٌ لَه، أوْ راجِحةٌ، وليس كذلِك، وبيانُ لُزُومِ المفسَدةِ هو: أنّ إثباتَ المِلْكِ على المسْلِمِ إذلالٌ وإهانةٌ له، ومُنْقِصٌ لحالِهِ عُرْفًا، ولِذَلِكَ [أ/٤١] يُعَيَّرُ في أولادِهِ إلى آخِرِ الدَّهْر، ويُفَرَّقُ بَينَهُ وبينَ الحُرِّ الأصْلِيِّ في الكَفاءة، وإنْ كان على أرْغَدِ عِيشة، وأَتَمّ نِعْمةً من الحُرّ.

فما لَمْ يَثْبُتْ لَهُمُ الترجِيحُ فيما ذكروه، فلا يَكونُ مُناسِبًا.

كَيفَ وأنّ التَّرجِيحَ لما ذكرناهُ من وَجهَين:

الأوَّل: أنّ رِعايةَ ما ذكرناهُ فيه دَفعُ الضَّرَرِ عن المسْلِمِ ودِينِ الإسلام، وفيما ذكروهُ دَفعُ الضَّرَرِ عن الكافِر، ودَفعُ الضَّرَرِ عن المسْلِمِ أوْلَى.

الثّاني: أنّ الضَّرَرَ اللازِمَ للْمُسلِمِ بتَقدِيرِ ثُبوتِ المِلكِ عليهِ من الذُّلِّ مُتَأبِّدٌ لا جابِرَ له، بخِلافِ الضَّرَرِ اللازِمِ للكافِرِ بامتناعِ تَمَلُّكِهِ للمُسلِم، فإنّهُ مَجبُورٌ بشِراءِ مَن يَقُومُ مَقامَهُ من الكُفّار.

ولا يَلزَمُ على هذا تَمَلُّكُ الكافِرِ للمُسلِمِ عندنا إذا أسْلَمَ في يَدِهِ أوْ وَرِثَه؛ إذْ لا صُنْعَ للكافِرِ فيه، ولا هو مُسْتَنِدٌ إلى قَصدِهِ وإجبارِه، بَلْ هو ثابتٌ قَهرًا وَجَبْرًا، بخِلافِ ما نَحْنُ فيه، فإنّهُ مُستَنِدٌ إلى قَصْدِ الكافِرِ وإجبارِه، فكان إذلالُ المسْلِمِ فيه أتَمّ.

سلَّمْنا مُناسَبةَ ما ذكروه، لكِنْ لا بُدَّ لهُ من الاعتِبار، والآيةُ مُشْتَركةُ الدَّلالة؛ لوُجُودِ الإضرارِ بالنِّسبةِ إلى العَبدِ المسْلِم، والتَّرجِيحُ لَهُ لما ذكرناه.

وأمّا شِراءُ المسْلِمِ للمُسْلِمِ فمُعارَضٌ فيه بما فيه من دَفْعِ حاجةِ المسْلِم، وتَوَفُّرِ مَقاصِدِ المِلْكِ عليهِ من جَمِيعِ التَّصَرُّفاتِ فيه بخِلافِ الكافِر، وذلِكَ مُناسِبٌ لصِحَّةِ التَّصَرُّف، والحُكمُ ثابِتٌ على وَفْقِه، ولا وجودَ لذلِكَ في الفَرعِ فلا تَعْدِية، واللهُ أعلم.



[٤١] ـ مسألة [تصرّفات الصبيّ]

تَصَرُّفاتُ الصَّبِيِّ لاغِيةٌ عندنا، مُمَيِّزًا كان أوْ غيرَ مُمَيِّز، مَأْذونًا أوْ غيرَ مَأْذُونٍ[١]، خلافًا لأبي حنيفة في قَولِهِ بصِحّةِ تَصَرُّفاتِهِ في عُقودِ المعاوَضاتِ نافِذةً إنْ كان مَأْذونًا، وإلا كان نَفاذُها مَوقُوفًا على إذْنِ الوَلِيّ، وإنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَها الوَلِيُّ بردٍّ ولا إجازةٍ تَوَقَّفَ نُفُوذُها ورَدُّها على تَنفيذِ الصَّبِيِّ ورَدِّهِ بعدَ بُلوغِهِ[٢].

وأجمَعْنا على عَدَمِ صِحّةِ طلاقِهِ لنَفْسِه، ولو طَلَّقَ لغَيْرِهِ فهو على الخِلاف.

ودليلُنا في المسألة: أنّهُ لو صَحَّ تَصَرُّفُهُ لَمْ يَخْلُ إمّا أن يكونَ المقصودُ المعتَبَرُ للشّارعِ من تَصَرُّفِهِ مُساوِيًا للمَقصودِ الحاصِلِ من تَصَرُّفِ البالِغ، أوْ أَزْيَدَ أوْ أنقَص، وكلُّ واحدٍ من هذِه الأقسامِ مُمْتَنِع؛ لما سَبَقَ في مسألةِ بيعِ الفُضُولِيّ، والاعتِراضُ والانفِصالُ فعلى ما سَبَقَ ثَمّ، فعَلَيكَ بنَقلِهِ إلى هاهُنا. [ب/ ٤١]

وتَخْتَصُّ هذِه المسألةُ بالمعارَضةِ بقَولِهِ تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

أَمَرَ بابتِلاءِ اليَتامَى، وهُمُ الصِّغار؛ لقَولِهِ عليهِ السَّلام: «لا يُتْمَ بَعْدَ الحُلُمِ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٣٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٣٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٢٨.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم، ٢٨٧٣. قال ابن حجر: «وحسَّنه النوويُّ مُتَمَسِّكًا بِسُكوتِ أبي داود عليه». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ٢١٧.

قَصدَ التَّمْييزَ والرُّشْد، وابتِلاءُ اليَتيمِ بتَفْويضِ التَّصَرُّفِ إليهِ أدَلُّ على مَقصُودِ الآية، فكان مُرادًا من الأمْر، ويَلْزَمُ من كَونِهِ مَأمُورًا أنْ يَكونَ مُعتَبرًا.

والجوابُ من وَجهَين:

الأوَّل: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُ الابتِلاءِ على التَّردِيدِ في مُقَدِّماتِ البيعِ والشِّراءِ دُونَ تَفوِيضِ التَّصَرُّفاتِ إليهِ جَمْعًا بينَ الأدِلّة.

الثّاني: أنّ الآيةَ تَدُلُّ على صِحّةِ التَّصَرُّفِ المخْتَبَرِ به، ونحنُ نَقُولُ بصِحَّتِهِ على رَأْيٍ لَنا، ونحنُ إنّما نَفرِضُ الخِلافَ فيما اسْتَبَدَّ بهِ من التَّصَرُّفات، ولا دَلالَةَ للآيةِ على صِحَّتِه، واللهُ أعلم.



[٤٢] ـ مسألة [بيع لبن الآدميّ]

بيعُ لبنِ الآدَمِيِّ صَحِيحٌ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبي حنِيفةَ في الحُرّةِ[٢]، وكذلِكَ الخِلافُ في تَضْمِينِه، ولهُم خِلافٌ في لَبَنِ الأمةِ[٣].

وقَدْ أجْمَعْنا على صِحّةِ بَيعِ لَبَنِ الشّاة.

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بعَدَمِ الصِّحّةِ يَتوَقَّفُ على تَأْثِيرِ ما اخْتَصَّ بهِ الأصْلُ في الصِّحّة، أوْ تَأْثِيرِ ما اخْتَصَّ بهِ الفَرْعُ في المنْع، والأصلُ عَدَمُ الأمْرَين.

فإنْ قِيل: والأصلُ أيضًا عَدَمُ تَأْثِيرِ الوَقفِ الجامِعِ في الصِّحّةِ فلا تَعْدِية.

سلَّمْنا تَأْثِيرَه، لكِنَّهُ مُعارَضٌ ببَيانِ تأثيرِ الفارِقِ في الأصلِ والفَرع، أمّا بَيانُ أثَرِ الفارِقِ في الأصلِ فمن جِهةِ الإجمالِ والتَّفصِيل:

أمّا الإجمال: فهو أنّ الصِّحّةَ تَسْتَلْزِمُ زَوالَ مِلكِ المعصُومِ عنهُ مع اقتِضاءِ الدَّلِيلِ لاستِمْراره؛ دَفْعًا لحاجَتِهِ به، وعندَ ذلِكَ يَجِبُ اعتِقادُ اختِصاصِ الأصلِ بمُؤَثِّرٍ لا وُجودَ لَهُ في الفَرع، تَعلِيلًا لمُخالَفةِ الدَّلِيل.

وأمّا التَّفصِيل: أنّ اللَّبَنَ في الأصلِ أغْلَبُ وُجودًا وَأكثرُ منافع، ومُعَدًّا

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٣١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٣٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٥٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٦٠.

(٣) قال سبطُ ابنِ الجوزي: «ولا فرقَ بينَ لبنِ الحرةِ والأمةِ عندنا، إلا في روايةٍ عن أبي يوسف أنه يجوز بيعُ لبنِ الأمةِ». «إيثار الإنصاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٠٤.

للتَّصَرُّفِ فيه بالبيعِ والشراءِ عُرفًا وعادةً، ومرغوبٌ فيه قبلَ الحَلْبِ وبعدَه، بخِلافِ مَحَلِّ النِّزاعِ، وكلُّ ذلِكَ يُناسِبُ الصِّحّة، والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقِه. [أ/ ٤٢]

وأمّا بَيانُ تأثِيرِ الفارِقِ في الفَرعِ فمن وَجهَين:

الأوَّل: أنّ اللبنَ جُزءٌ من الآدَمِيّ؛ لأنّهُ دَمٌ في الأصلِ استحالَ بنارِ الشَّفَقةِ مُبْيَضًّا، على ما قالَهُ العارِفُون، والدَّمُ جُزءٌ من الآدَمِيّ؛ لدُخولِه في تَركِيبه، واستِحالةِ بَقائِهِ دُونَه، ولهذا فإنّهُ لو قال لها: دَمُكِ طالِق، وَقَعَ الطلاق، ولو لَمْ يَكُنِ الدَّمُ جُزءًا مِنها لَما وَقَع.

وإذا كان جُزءًا من الآدَمِيِّ ناسَبَ نَفْيَ صحّةِ بَيْعِه؛ دَفْعًا لما يَلزمُ الآدَمِيَّ من الإذلالِ بإهانةِ جُزئِهِ وابتِذالِه، والشّاهِدُ لَهُ بالِاعتِبارِ سائِرُ أجزائِه، ولِأنّهُ إذا كان اللَّبنُ من الدَّم، والدَّمُ نَجِس، فالأصلُ نجاسةُ ما هو مُتَكَوِّنٌ مِنه.

ولِذلِكَ يُناسِبُ امتِناعَ الصِّحّة، كما في بيعِ سائرِ النجاسات، وعلى هذا نقولُ بنَجاسةِ المنِيّ، فإنّ الإجارةَ للإرضاعِ وارِدةٌ على فِعْلِ التَّربيةِ والحَضانة، واللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ تَبَعًا، كما في استِحقاقِ الحِبْرِ والخُيوطِ في استِئجارِ الناسِخِ والخَيّاط.

والجوابُ عن الأوَّل: أنّ الترجِيحَ لما ذكرناه لمُوافَقةِ التَّعدِيةِ في العِلّة، بخِلافِ ما ذكروه.

وعن المعارَضةِ الإجمالِيةِ في الأصل: بما سَبَقَ في خِيارِ الشَّرْط.

وعن المعارَضةِ الأُولَى من التَّفصِيل: أنّهُ لا مَعنَى لعُمومِ الوُجود سِوَى كَثرةِ أعدادِ الصُّوَر، والحكمُ في كُلِّ صُورةٍ إنّما يَثْبُتُ لما وُجِدَ فيها، لا لما وُجِدَ في غيرِها، كَيفَ وأنّ ذلِكَ مُلْغًى بصِحّةِ بَيعِ ما يَنْدُرُ وُجودُهُ كالفيلِ ونحوِه؟

وعن المعارَضةِ بكَثرةِ المنافِع: الإلغاءُ بها اتَّحدَتْ مَنْفَعَتُه، ولا تَدْعُو الحاجةُ إليهِ في الدُّهُورِ إلا على النُّدُور، كَبعضِ العقاقيرِ وآحادِ الأَدْوِية.

وعن المعارَضة: بالإعدادِ للتَّصَرُّفِ فيه وتَعَلُّقِ الرَّغبةِ به، إمّا مُلغًى بصِحّةِ بيعِ الماءِ على شاطئِ البحر، والملحِ والتُّرابِ في الصَّحراء.

وعن المعارَضةِ في الفَرع: بمَنعِ كَونِ اللَّبنِ من الدَّم، بَلْ فضْلةٌ مُتكَوِّنةٌ من الغِذاءِ كسائرِ الفَضَلات، وإنْ كان من الدَّمِ [ب/٤٢] لكِنْ لا نُسَلِّمُ كونَ الدَّمِ المنفَصِلِ جُزْءًا من الآدَميّ؛ لعَدَمِ نُقصانِ الجُملةِ بانفِصالِهِ عُرفًا.

وما ذكروهُ من حُكمِ الطلاقِ المضافِ إلى الدَّمِ فمَمْنُوعٌ على رَأْيٍ لَنا.

سلَّمْنا أنّ [كونَ] اللَّبَنِ جُزءًا من ذَلِكَ يُناسِبُ المنع، مع إمكانِ النِّزاعِ فيه، بما يَلزمُهُ من مَفسدةِ إلغاءِ التَّصَرُّف، وتَضْييعِ حاجةِ العاقِد، لكِنْ لا بُدَّ لَهُ من شاهِدٍ بالِاعتبار، وباقِي الأجزاءِ إنّما امتَنَعَ بيعُها حالةَ اتِّصالِها؛ لما يَلْزَمُهُ من التَّصَرُّفِ في غيرِ المسْتَحَقِّ وهو حَرام، وبعدَ الانفِصالِ لكونِهِ مَيتةً غيرَ مُنتَفَعٍ بها، بخِلافِ اللَّبَن.

وإنّما تَمَسَّكُوا في الِاعتِبارِ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «ليسَ للْمُؤمِنِ أنْ يُذِلَّ نَفْسَهُ»(١).

كان الجوابُ بالإصْرارِ على مَنْعِ لُزُومِ الإذْلالِ من بَيْعِ اللَّبَن؛ لعَدَمِ كَوْنِهِ جُزْءًا في مُعْتَقَداتِ أَهْلِ العُرْف.

---

(١) «سنن الترمذي»، أبواب الفتن، ٢٢٥٤. وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن غريب». «سنن ابن ماجه»، كتاب الفتن، باب قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ عَلَيۡكُمۡ أَنفُسَكُمۡ﴾ [المائدة: ١٠٥]، ٤٠١٦.

وعلى ما حَقَّقْناهُ من أنّ اللَّبَنَ لَيسَ من الدَّم، يَندَفِعُ ما ذكروهُ من نَجاسَتِه، وبتَقدِيرِ كَونِهِ من الدَّمِ لا نُسَلِّمُ نجاسةَ الدَّمِ في مَقَرِّه، وبتَقدِيرِ نجاسَتِهِ لا نُسَلِّمُ نَجاسةَ اللَّبَنِ مع استِحالتِه، ويجِبُ اعتقادُ ذلِكَ حتَّى لا يَكونَ الحكمُ بطَهارةِ لَبَنِ الشّاةِ على خِلافِ الدَّلِيل.

وإنْ سَلَّمْنا دَلالةَ ما ذكروهُ على النَّجاسة، إلا أنّهُ مُعارَضٌ بقَولِه تَعالَى: ﴿مِنۢ بَيۡنِ فَرۡثٖ وَدَمٖ لَّبَنًا خَالِصٗا سَآئِغٗا لِّلشَّٰرِبِينَ﴾ [النحل: ٦٦]، دلَّ على إباحةِ شُرْبِه، ولو كان نَجِسًا لَما ساغَ شُرْبُهُ بعدَ الحَولَين، وحالةِ استِغناءِ الصَّبِيِّ عنهُ بعدَ الشِّبَع؛ لخُرُوجِهِ عن حالةِ الضَّرُورة.

وبالحُكم: وهو أنّ الكَثِيرَ المتَفاحِشَ مِنهُ لا يَمْنَعُ صِحّةَ الصَّلاةِ بالإجماع، وأنّ الخارِجَ من الثَّدْيِ عِندَهُمْ لا يَنقُضُ الطَّهارة، ولو كان نَجِسًا لَما كان كذلِك.



[٤٣] ـ مسألة [نزاع المتبايعين في الثّمن أو المثمّن]

إذا اختَلفَ المتبايِعانِ في قَدْرِ الثَّمَن، أوِ المُثَمَّن، أوْ جِنْسِه، أوْ في الأجَل، أوْ مُدَّتِه، أوِ الخِيار، أو مُدَّتِه، ولَمْ يَكُنْ لأحَدِهِما بيِّنةٌ تَحالَفا وتَرادّا عِندَنا؛ كانتِ السِّلعةُ قائِمةً أو هالِكةً، كان ذلِكَ قبلَ القَبْضِ أوْ بَعدَهُ[١]، خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا كانتِ السِّلعةُ قائِمةً، أوْ أتْلَفَها أجْنَبيٌّ في يَدِ البائِع، وغَرِمَ قِيمَتَها للْمُشْتَرِي، أوْ تَبايَعا عَبدًا بجارِيةٍ وَتَلِفَ أحَدُهُما[٢]. [أ/٤٣]

ولو ماتَ المتبايِعانِ واختَلفَ الوَرَثةُ في ذلِكَ فعِندَهُمْ إنْ كان ذلِكَ بعدَ القبضِ لَمْ يَتَحالَفُوا، وإنْ كان قَبْلَهُ تَحالَفُوا[٣].

والمعْتَمَدُ لَنا أنْ نَقُول: المقْتَضِي للتَّحالُفِ مع قِيامِ السِّلعة إمّا أنْ لا يَكُونَ مَوْجُودًا مع عَدَمِها أوْ يَكُون.

والأوَّل: يَلْزَمُ مِنهُ التَّعليلُ بعِلّةٍ قاصِرة، وهِيَ باطِلةٌ بالإجماع.

والثّانِي: يَلْزَمُ مِنهُ التَّحالُفُ، وهو المطلُوب.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ التَحالُفَ مع قِيامِ السِّلْعة، وإنْ سَلَّمْنا ذلِك، ولكِنْ لِمَ

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٢٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٢١.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٧٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٩٤.

(٣) قال السرخسي: «كذلك إذا ماتا جميعًا ثم وقع الاختلاف بين الورثة في الثمن، فإن كانت السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا يتحالفان، وعند محمد: يتحالفان، وإن لم تكن مقبوضة يتحالفان بالإجماع». «المبسوط» للسرخسي، ١٣: ٣٣.

قُلْتُمْ بامتِناعِ عَدَمِ المقْتَضِي في الفَرْعِ؟

وما ذكرتُمُوهُ من القُصُور: فقَدْ سَبَقَ الِاعتِراضُ عليهِ في مَسألةِ زكاةِ الصَّبِيّ.

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ المقتَضِي في الفَرْعِ، إلا أنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على عَدَمِ التَّحالُفِ، وبَيانُهُ من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ عليهِ السَّلام: «إذا اخْتَلَفَ المتَبايِعانِ والسِّلْعةُ قائِمة تَحالَفا وتَرادّا»[1]، خَصَّ التَّحالُفَ بحالةِ قِيامِ السِّلْعة، فدَلَّ بمَفْهُومِهِ على عَدَمِ التَّحالُفِ عِندَ عَدَمِها.

وأمّا المعْنَى: فهو أنَّ فائِدَةَ التَّحالُفِ إنّما تَحْصُلُ بالفَسْخ، والفَسْخُ يَسْتَدْعِي تَقْدِيرَ بَقاءِ البَيع، وتَقْدِيرُهُ إنّما كان لضَرُورةِ بَقاءِ المِلْك، وقدِ انْتَفَتِ الضَّرُورةُ بهَلاكِ المبِيع.

والجَوابُ عن مَنْعِ حُكْمِ الأصْل: بما ذكَرُوهُ من الخَبَر.

وعن الِاعتِراضِ بما يَخُصُّ القُصُور: ما سَبَقَ في مَسْألةِ زكاةِ الصَّبِيّ.

وعن المعارَضةِ بالخَبَر: أنّهُ تَمَسُّكٌ بمَفْهُومِ المخالَفة، وليسَ حُجّةً عِندهُمْ ولا عِندَنا على الأصَحّ، وإنْ كان حُجّةً إلا أنّهُ مُعارَضٌ بما رَوَى أبُو الوليدِ

---

(١) «سنن أبي داود»، أبواب الإجارة، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، ٣٥١١. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، ١٢٧٠. وقال الترمذي: «هذا حديثٌ مرسلٌ، عونُ بن عبدِ الله لم يدرِكِ ابنَ مسعودٍ، وقد رويَ عنِ القاسمِ بنِ عبدِ الرحمنِ، عنِ ابنِ مسعودٍ، عنِ النبيِّ ﷺ هذا الحديثُ أيضًا، وهو مُرسَلٌ أيضًا». «سنن النسائي»، كتاب البيوع، اختلاف المتبايعين في الثمن، ٤٦٤٩. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب البيِّعان يختلفان، ٢١٨٦. قال ابن عبد الهادي: «والذي يظهر أنّ حديث ابن مسعود في هذا الباب بمجموع طرقه له أصلٌ، بل هو حديثٌ حسنٌ يحتجُّ به، لكن في لفظِه اختلافٌ كما ترى، والله أعلم»، «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي، ٤: ٧٥.

السّابُورِيِّ[١] في مُخَرَّجه[٢] عن الإمام أحمد بن حنبل أنه قال عليه السلام: «إذا اختلف المتبايِعانِ والسلعةُ قائمةٌ أو هالكةٌ تَحالَفا وترادّا»[٣].

ومع التَّعارُضِ يُسلَّم لنا ما ذكرناه.

كيفَ وأنّ التَّرجِيحِ لما ذكرناهُ؛ لأنّهُ مَنطوق، ـ وما ذكرُوهُ مَفهُوم ـ، وأنّهُ مُسْنَد؟

[ب/٤٣] وما ذكروهُ فيَرْوِيهِ أبو القاسِمِ عبدُ الرَّحمنِ[٤] عن ابنِ مسعودٍ ولَمْ يَلْقَه، فكان مُرْسَلًا[٥].

وعن المعارضةِ بالمعْنَى: بمَنْع تَوَقُّفِ الفائدةِ على الفسخ، بل أمكنَ حصولُها باندِفاعِ العَقدِ من أصلِه، بأَنْ يُصَدَّقَ كُلُّ واحدٍ في مقالِه، ويُجْعَلَ

---

(١) كذلك ورد في المخطوط، قال ابن حجر العسقلاني: «السابوري جماعة، منهم محمد بن عبدالواحد السابوري»، والذي يظهر لي أن المذكور هنا هو أبو الوليد النيسابوري الفقيه، ومما يرجح ذلك أن لأبي الوليد هذا مستخرجًا على «صحيح مسلم»، وأبو الوليد هو حسان بن محمد (ت٣٤٩هـ)، تفقه بأبي العباس بن سريج، وروى عنه الحاكم وابن منده، وهو صاحب وجه في المذهب، له مصنفات حسان، منها مستخرج على «صحيح مسلم». «تبصير المنتبه بتحرير المشتبه» لابن حجر العسقلاني، ٢: ٧١١. «سير أعلام النبلاء» للذهبي، ١٥: ٤٩٢.

(٢) لعل صوابه: مستخرجه.

(٣) «مسند أحمد»، مسند عبدالله بن مسعود، ٤٤٤٥. وتقدم كلام العلماء عليه في الحديث الذي قبله.

(٤) هكذا في النسخة، ولعله وهم، والذي في سنده هو القاسم بن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود الهذلي قاضي الكوفة، كان لا يأخذ على القضاء أجرًا، روى عن جده مرسلًا، قال ابن سعد: كان ثقة كثير الحديث، قال ابن المديني: لم يَلقَ من الصحابة غير جابر بن سمرة. (ت١٢٠هـ). «تهذيب التهذيب»، ٨: ٣٢١.

(٥) كما تقدم في تخريج الحديث.

البائعُ قائِلًا: بعْتُ بألْف، والمشْتَرِي قائِلًا: اشتَرَيْتُ بخَمْسِ مِئة، فإنّهُ يَلزَمُ منهُ امتِناعُ الِانعِقاد، وأمكنَ حصولُ الفائدةِ بتَرادِّ العِوَضَينِ قيمةً، وإن كان المبِيعُ هالِكًا.



مسائل السلم

[٤٤] ـ مسألة [السّلم الحالّ]

السَّلَمُ الحالُّ صَحِيحٌ عِندَنا[١]، خِلافًا لهُمْ[٢].

وأجمَعْنا على صِحّةِ السَّلَمِ في الثَّمَنِ الحالّ.

وإنّما قُلْنا بالصِّحّةِ؛ لأنّ ما وَقعَ بهِ الِاختِلافُ بينَ الأصْلِ والفَرْعِ غيرُ مُؤَثِّرٍ في المنْعِ فوَجَبَ الجَمع، وبيان ذلك أنّ الأصلَ عدمُ فارِقٍ آخرَ بَينَهُما سِوَى الثَّمَنِ في الأصلِ والمُثَمَّنِ في الفَرْع، والأصلُ عَدَمُ تأثيرِها، ويَلْزَمُ من ذلِكَ الِاشتِراكُ في الصِّفة.

فإنْ قِيل: والأصلُ أيضًا الجَمْع، وليسَ أحَدُ الأصلَينِ أوْلَى من الآخَر، ثُمَّ بيانُ تأثِيرِ الفارِقِ في الأصلِ من جِهةِ الإجمالِ والتَّفصِيل:

أمّا الإجمالُ فهو: أنّ السَّلَمَ رُخصةٌ؛ لأنّهُ عليهِ السَّلامُ «نَهَى عنْ بيعِ ما ليسَ عِندَ الإنسان، وأرْخَصَ في السَّلَمِ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٤٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٥٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٧٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٩٩.

(٣) لم أجِده، وقد قال الزيلعي: «والذي يظهر أن هذا حديث مركب، فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في =

والرُّخصةُ عِبارةٌ عن استِباحةِ المحظُورِ مع قِيامِ الحاظِر، فكان على خِلافِ الدَّلِيل، وعندَ ذلِكَ فيَجِبُ اعتِقادُ اختِصاصِ الأصلِ بمَعْنًى لا وُجودَ لَهُ في الفَرْع، تَعليلًا لمُخالَفةِ الدَّلِيلِ في الفَرْع.

وأمّا من جِهةِ التَّفصِيل: فهو أنّ الثَّمَنَ أغلبُ وُجُودًا أوْ أعَمُّ وُقُوعًا، فكان أفْضَى إلى مَقصُودِ العَقد، ولِهَذا جَرَتِ العادةُ والعُرفُ ببَيع العِوَضِ بالنَّقْدِ في الذِّمّةِ مُطلَقًا، والتَّعْيينُ في مَجلِسِ العَقدِ بعدَ ذلِكَ بخِلافِ الغَرَض.

سلَّمْنا عَدَمَ تأثِيرِ الفارِقِ في الأصل، غيرَ أنّا نُعارِضُ في الفَرْعِ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «مَنْ أسْلَمَ فلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أجَلٍ مَعْلُومٍ»[1].

قيَّد جوازَ السَّلَمِ بالأجَل، فدَلَّ على امتِناعِه دُونَه.

[أ/ ٤٤] / **والجوابُ عن الأوَّل**: بما سَبَقَ في بَيْعِ لَبَنِ الآدَمِيّات.

وعن المعارَضةِ في الأصلِ بالإجمال: ترخيصُهُ في السَّلَمِ أنْ يَتَناوَلَ مَحَلَّ النِّزاع، فهو دَلِيلُ شَرعِيَّتِه، وإنْ لَمْ يَكُنْ مُتَناوِلًا لَهُ فالفَرْقُ لا يَكونُ مُتَّجِهًا.

= بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأخرجوه أيضًا عن حكيم بن حزام، أن النبي ﷺ قال له: «لا تَبِع ما ليس عندك»، وحسَّنه الترمذي، وقد تقدَّما في خيار العيب، وأما الرخصة في السلم فأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ والناس يستلفون في الثمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليُسلِف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، وأخرج البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى، قال: إن كنا لنُسلِف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب، وسألت ابن أبي أبزى فقال مثل ذلك». نصب الراية، للزيلعي، ٤: ٤٥.

(١) «صحيح البخاري»، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم ٢٢٤٠. «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب السلم، ١٦٠٤.

كيفَ وَأَنّهُ يَجِبُ اعتِقادُ نَفْيِ المعارِضِ في الأصل؛ لعَدَمِ الوُقُوفِ عليهِ بعدَ البَحْث، ولِما يُفْضِي إليهِ من جَعْلِ الحُكمِ في الأصلِ غيرَ مَعقُولِ المعْنَى؛ لتَعْلِيلِهِ بما لا ظُهُورَ لَه.

وعن المعارَضةِ بجِهةِ التَّفصِيل: أَنَّهُ لا مَعْنَى للْعُموم سِوَى كَثْرةِ أَعْدادِ الصُّوَر، والحُكمُ في كُلِّ صُورةٍ إنّما يَثْبُتُ لِما وُجِدَ فيها، لا لِما وُجِدَ في غَيرِها، ومع القِياسِ على بَعضِ الصُّوَرِ فلا إشكال.

كيفَ وأنّا لوْ فرَضْنا السَّلَمَ في مَحَلِّ النِّزاع فيما هو أَغْلَبُ وُجودًا من النَّقْدِ كالتُّرابِ والأحجارِ لَمْ يَكُنْ ما ذكروهُ مُتَّجِهًا؟ مع أنّ ما ذكروهُ مُلْغًى بما لَوْ أَسْلَمَ في العِوَضِ إلى ساعةٍ واحدة.

وعن المعارَضةِ في الفرعِ بالنَّصّ: أنّ المرادَ بِهِ مَنْ أَسْلَمَ إلى أجَلٍ فلْيُسْلِمْ إلى أجَلٍ مَعْلُوم، ويَجِبُ الحَمْلُ على ذلِكَ جَمْعًا بَيْنَهُ وبَيْنَ ما ذكرنا من الدَّلِيل.

ولِما اقْتَرَنَ بِهِ من قَولِهِ عليهِ السَّلام: فلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُوم وَوَزْنٍ مَعْلُوم. والمرادُ بِهِ مَنْ أَسْلَمَ في مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُون، لا أنّ الكَيلَ والوَزْنَ شَرطٌ في السَّلَمِ بدَلِيلِ صِحّةِ السَّلَمِ في المعدُودات.

كيفَ وهو مُعارَضٌ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «وأَرْخِصْ في السَّلَم»، ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ أَوَّلًا؟ واللهُ أعلم.



[٤٥] ـ مسألة [السّلم فيما يغلب وجوده]

السَّلَمُ فيما يَغْلِبُ وُجودُهُ لدَى المحَلِّ صحيحٌ عندنا، وإن كان مُنقطِعًا قبلَ ذلِكَ[١] خِلافًا لهُمْ[٢].

وصورةُ المسألةِ ما إذا أَسْلَمَ في الرُّطَبِ قبلَ أوانِه، وأجْمَعْنا على جوازِ ذلِكَ في الثَّمَن.

وكلُّ ما ذكرناهُ في المسألةِ التي قبلها من التَّحرِيرِ والتَّقرِيرِ والِاعتِراضِ والِانفِصالِ جارٍ بعَينِهِ هاهُنا، ما عَدا المعارضةَ بالنَّصّ.

والذِي يَخْتَصُّ بهَذِهِ المسألةِ أن نقول: محلُّ الوِفاقِ فيما إذا أَسْلَمَ في الثمنِ المنقطِع، إذا كان رَأْسُ المالِ عَرْضًا؛ لأنَّهُ لو كان نَقْدًا لكان ثابِتًا في الذِّمّةِ [ب/٤٤] على ما عُرِفَ من أصلِنا في تَغْيِيرِ النُّقود، ومِنهُ بيعُ الدَّينِ بالدَّينِ، وهو مُمْتَنِع.

وعندَ ذلك فنُعارِضُ في الأصلِ من ثلاثةِ أوْجُه:

الأوّل: أنّ ما يَحصُلُ عليه في الأصلِ في الحالِ منفعةُ العَرض، وفي الفَرْعِ منفعةُ النَّقد، والعَرضُ مُنْتَفَعٌ بهِ بعَينِه، ومُتَوَسَّلٌ بهِ إلى غيرِهِ بخِلافِ النَّقد؛ لكَونِهِ مُتَوَسَّلًا بهِ لا غير.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٣٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٥٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٧. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٦٧. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٠٢.

الثّانِي: هو أنّ العَرْضَ في الأصلِ مُنْتَفَعٌ بِهِ حالًا، وكذلِكَ الثَّمَنُ لصِحّةِ الِاعتِياضِ عنهُ قبلَ قبضِه، بدَلِيلِ ما رُوِيَ عن ابنِ عُمَرَ أنّه كان يَبِيعُ الإبِلَ بالدَّنانِير، ويَأْخُذُ مَكانَها الدَّراهِم، فرُفِعَ ذلِكَ إلى النَّبِيِّ ﷺ فقال: «لا بَأْسَ بِهِ»(١).

ولا كذلِكَ في الفَرْع، فإنّهُ وإن حَصَلَ الِانتِفاعُ بالثَّمَنِ حالًا فالسَّلَمُ فيه غيرُ مُنتَفَعٍ بِهِ حالًا، والِاعتِياضُ عنهُ قبلَ قَبْضِهِ مُمْتَنِع.

الثالِث: هو أنّ المُثَمَّنَ رُكْنٌ في العَقْدِ بخِلافِ الثَّمَن، ولِهَذا يَصِحُّ البَيْعُ من المفْلِسِ والعَبْدِ المأْذُون، وإنْ لَمْ يَكُنْ قادِرًا على التَّسْلِيم، ولا يَصِحُّ بَيْعُ المغصُوبِ ولا الآبِق؛ لعَدَمِ القُدْرةِ على تَسْلِيمِه، ومع هذِه الفُرُوقِ تَمْتَنِعُ التَّعْدِية.

سَلَّمْنا عَدَمَ الفارِقِ في الأصْل، ولَكِنّا نُعارِضُ في الفَرْعِ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصّ: فقولُهُ عليهِ السَّلام: «لا تُسْلِفُوا في النَّخِيلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُها»(٢).

---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق، ٣٣٥٤. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في الصرف، ١٢٤٢. «سنن النسائي»، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، ٤٥٨٢. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب، ٢٢٦٢. قال الزيلعي: «وصححه الحاكم والدارقطني». نصب الراية، للزيلعي، ٤: ٣٣.

(٢) «سنن أبي داود»، أبواب الإجارة، باب في السلم في ثمرة بعينها، ٣٤٦٧. «سنن ابن ماجه»، كتاب التجارات، باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع، ٢٢٨٤. قال الشوكاني: «حديث ابن عمر هذا في إسناده رجل مجهول، فإن أبا داود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن أبي إسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر، ومثل هذا لا تقوم به حجة». «نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار»، ٥: ٢٧١. قلت: والرجل المجهول الذي يعنيه الشوكاني في سند ابن ماجه كذلك.

والمرادُ بِهِ الثَّمَرة، ولا يَخْفَى أنّ النَّهْيَ عن السَّلَمِ في الثَّمَرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها نَهْيٌ عنهُ عندَ انقِطاعِ جِنْسِها.

وأيضًا ما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ «نَهَى عنْ بَيْعِ ما لَيْسَ عِندَ الإنسانِ»(١).

والمرادُ بهِ ما لَيْسَ في مِلْكِه، فيَنْدَرِجُ فيه مَحَلُّ النِّزاع.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ الغَرَرَ في الفَرْعِ أتَمُّ مِنهُ في الأصل، ولِهَذا اشتُرِطَ قَبْضُ رأسِ مالِ السَّلَمِ في الفَرْعِ دُونَ الأصْل، والغَرَرُ ضَرَر، وهو مَنْهِيٌّ عنهُ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ «نَهَى عنْ بَيْعِ الغَرَرِ»(٢).

ومَنْفِيٌّ بقَولِه: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»(٣).

والجوابُ عن الفَرْقِ الأوّلِ في الأصلِ من وَجْهَيْن:

[أ/ ٤٥] **الأوّلُ** أنّ ما ذكروهُ بالعَكْسِ أوْلَى، فإنّ ماليّةَ النَّقْدِ مُطْلَقة، ولِهَذا يُعدُّ مالِكُهُ مالِكًا لجَمِيعِ الأموال.

الثّاني: أنّا نَفْرِضُ الكلامَ فيما إذا كان رَأْسُ المالِ في الفَرْعِ عَرْضًا.

وعن الثّاني: بمَنْعِ صِحّةِ الاعتِياضِ عَنِ الثَّمَنِ قبلَ قبضِه؛ لقَولِهِ عليهِ السَّلامُ لحَكِيمِ بْنِ حِزام: «وإذا ابْتَعْتَ شَيْئًا فلا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ»(٤).

ولِما رُوِيَ عنهُ [ﷺ] أنّهُ «نَهَى عَنْ بَيْعِ ما لَمْ يُقْبَضْ»(٥).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

وعن الثّالِث: بمَنْعِ الِافتِراقِ بينَ الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ في تَعَلُّقِ الغَرضِ بهِما، وبيعُ الآبِقِ والمغصُوبِ إنّما لم يَصِحَّ لكَوْنِهِ مَعِيبًا مَعْجُوزًا عن تَسْلِيمِه، ولِهذا لو جُعِلَ ثَمَنًا فإنّهُ لا يَصِحُّ بخِلافِ الثَّمَنِ؛ لكَونِهِ غيرَ مُعَيَّن.

وعن المعارَضةِ بالنَّصِّ الأوَّلِ في الفَرْع: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُهُ على السَّلَفِ في ثِمارِ النَّخِيلِ المعيَّنة؛ لما فيه من الجَمْعِ بينهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّلِيل، ولِأنّ السَّبَبَ الواردَ عليهِ كان كذلِك.

ثمَّ إنّهُ مُعارَضٌ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه: «دَخَلَ المدِينةَ فرَأى النّاسَ يَسْتَسْلِفُونَ في الثِّمارِ السَّنةَ والسَّنَتَيْنِ ولَمْ يُنْكِرْ عليهِمْ»[1].

مع أنّ الغالِبَ انقِطاعُها في أثناءِ ذلِكَ؛ لأنّ لَفْظَ الثَّمَرةِ حَقِيقةٌ في الرُّطَبِ منها لُغةً.

وعن النَّصِّ الثّاني: مُعارَضَتُهُ بما اقتَرَنَ بهِ من أنّهُ أرْخَصَ في السَّلَم، وَمع تعارُضِ النُّصُوصِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ من المعْنَى.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: بمَنْعِ التَّفاوُتِ بَيْنَهُما في الغَرَرِ مع استِوائِهِما في التَّأْجِيل، وما ذكرُوهُ من الحُكْمِ فمَمْنُوعٌ عِندَنا.



---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، **٢٢٣٩**. ولفظه عنده: «قَدِمَ رَسولُ اللهِ ﷺ المدينةَ والنّاسُ يُسلِفونَ في الثَّمَرِ العامَ والعامَين، أو قالَ: عامَينِ أو ثَلاثةً، شَكَّ إسماعيل، فَقالَ: «مَن سَلَّفَ في تَمرٍ فَليُسلِف في كَيلٍ مَعلومٍ، ووَزنٍ مَعلومٍ»»، «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب السلم، ١٦٠٤.

[٤٦] ـ مسألة [السّلم في الحيوان]

السَّلَمُ في الحَيَوانِ صَحِيحٌ عندَنا[١]، خِلافًا لأبِي حَنِيفةَ[٢].

والمعْتَمَدُ في المسألةِ ما ذكرناهُ في السَّلَمِ الحالِّ تَحْرِيرًا وَتَقْرِيرًا واعتِراضًا وانفِصالًا، وتَخُصُّ هذِهِ المسْألَةَ اعتِراضات:

الأوّل: المعارَضةُ في الأصل، وهو أنّ مَحَلَّ الوفاقِ ـ وهو السَّلَمُ في غيرِ الحيوانِ ـ أمْكَنَ ضَبطُهُ بالصِّفاتِ التِي تَخْتَلِفُ الماليّةُ والأغراضُ المهِمّةُ بها، بحَيثُ يَظْهَرُ لِلْمُسْلِمِ حُصُولُ مَقصُودِهِ من المسْلَمِ فيه، وهِيَ ذِكْرُ الجِنْسِ والنَّوْعِ والسِّنِّ واللَّوْنِ والذُّكورةِ والأُنُوثة، فناسَبَ الصِّحّةَ مُبالَغةً في حُصولِ غَرَضِه، ولا كَذَلِكَ السَّلَمُ في الحَيوان، فإنّهُ وإنْ ذُكِرَتْ [ب/ ٤٥] هذِه الصِّفاتُ فيه فقَدْ تَتَفاوَتُ بِصِفاتٍ أُخْرَى تَخْتَلِفُ بها الماليّةُ والأغراضُ المهِمّة.

أمّا في العَبِيدِ والجَوارِي: فمنها ما يَعودُ إلى الصِّفاتِ الظاهِرة، كَحُسْنِ القامة، ورَشاقةِ القَدِّ، وتَقْويسِ الحاجِبَيْن، وتَلْوِينِ العَيْنَيْن، وسُهُولةِ الخَدَّيْن، ورقّةِ الشَّفَتَيْن، وبَياضِ الثَّغْر، وعُذُوبةِ المنْطِق، وطُولِ العُنُق، وصَفاءِ اللَّوْن، ونُهُودِ الثَّدْيَيْن، وثِقَلِ الأرْداف، ورِقّةِ الخَصْرِ، وغيره.

ومنها ما يَعُودُ إلى صِفاتٍ باطِنة: كالذَّكاءِ والفِطْنة، والعِفّةِ والأمانة، وحُسْنِ الخُلُقِ، وخِفّةِ الرُّوحِ، وغيرِ ذلِك.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٤٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٥٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٩. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٧٧. «وسائل =

وأمّا في الإبِلِ والخَيْلِ وغَيْرِها: فكَحُسْنِ الهَيْئة، وتَناسُبِ الأعضاء، والقُوّةِ على الحَمْلِ والسَّيْر، بَلْ وَلِكُلِّ عُضْوٍ صِفاتٌ تَخُصُّهُ لا تَدْخُلُ تَحْتَ الحَصْرِ والذِّكْر.

وكلُّ صِفةٍ فلَها مَراتِبُ لَيْسَ لَها أسامٍ تَدُلُّ عَلَيْها، ولا تُعْلَمُ بغَيْرِ الرُّؤْيَة، ومع عَدَمِ ذِكرِ هذِه الأشياءِ لا يَظْهَرُ المقصُودُ من التَّصَرُّف، وإنْ بُولِغَ في الذِّكْرِ والوَصْفِ أفْضَى إلى عِزَّةِ الوُجُود، وعَدَمِ القُدْرةِ على التسليم، وهِيَ من الجِهاتِ المبْطِلة، ولِهذا إنّهُ لو أسْلَمَ في دُرّةٍ ثَمِينةٍ قِيمَتُها عشرةُ آلافِ دينار، لا تَزِيدُ عنها ولا تَنْقُص، فإنّهُ لا يَصِحّ.

الثّاني: سَلَّمْنا الِاشتِراكَ في المعْنَى، غيرَ أنّا نُعارِضُ في الفَرْعِ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه: «نَهَى عنْ بَيْعِ الحَيَوانِ بالحَيَوانِ نَسِيئةً»[(١)]، نَهَى، والنَّهْيُ يَدُلُّ على الفَساد.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ مالِيةَ الحَيَوانِ ومقاصِدَهُ مُخْتَلِفةٌ مُضْطَرِبةٌ؛ لما بَيَّنّاهُ من اختِلافِ صِفاتِهِ وهيْئاته، وذلِكَ يُناسِبُ منعَ الصِّحّةِ لوَجْهَيْن:

الأوّل: أنّ المسلِمَ لا يُدرَى كونُهُ رابِحًا أوْ خاسِرًا، وذلِكَ غَرَر، وهو مَنْهِيٌّ عَنْهُ؛ لما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّه: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»[(٢)].

والنَّهيُ يَدُلُّ على الفساد.

الثّاني: أنّ ذلِكَ يُوجِبُ المنازعةَ والمخاصَمة، بسَبَبِ مَيْلِ كُلِّ واحِدٍ من

= الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٠٤.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

العاقِدَينِ إلى ما يُوافِقُ غَرَضَه، هذا في الأخْذِ، وهذا في الدَّفْع، وهو مُناسِبٌ لِلْفَسادِ دَفْعًا للضَّرَر.

[أ/٤٦] والشّاهِدُ لَهُ بالِاعتِبارِ السَّلَمُ في اللَّآلِئِ والجَواهِر، والقِسِيِّ والنِّبال، والخُشُبِ المنْحُوتة، والرُّؤُوسِ والأكارعِ قبلَ التَّنْقِيةِ فإنَّهُ لا يَصِحّ.

والجوابُ عن الفارقِ في الأصْل: أنّ ما ذكروهُ إنّما يَلْزَمُ أنْ لَوْ كان ما وَراءَ القَدْرِ المشتَرَك، وهو أقَلُّ المراتِبِ الذي دَلَّ لَفْظُ العاقِدِ عليهِ مقصودًا لَهُ وليسَ كذلِكَ؛ لأنّهُ لَوْ كان مقصودًا لَهُ لَأتى بلَفْظٍ يَدُلُّ عليه، أوْ لَما أقْدَمَ عليهِ مع تَعَذُّرِ ذِكْرِه؛ لكَوْنِهِ عاقِلًا عارِفًا بوُجُوهِ المصالِحِ والمفاسِدِ ناظِرًا لنَفْسِه.

ولِهَذا صحَّ جَعْلُ الحَيَوانِ الموْصُوفِ بصِفاتِ السَّلَمِ صَداقًا في الذِّمّةِ مع اختِلافِ صفاتِ الحيوانِ فيما وراءَ المذكُور، ولَوْ لَمْ يَكُنْ بمَدْلُولِ لَفْظِ العاقِد، وهو القَدْرُ المشْتَرَكُ وهو المقْصُودُ لَما كان كذلِك.

وعن المعارَضةِ بالنَّصِّ المذْكُورِ في الفَرْعِ أنّه: يَرْوِيهِ الحَجّاجُ بْنُ أرْطاةَ، وَهو ضعِيفٌ غَيْرُ مَقبُولِ الرِّوايةِ عندَ المحَدِّثينَ[(١)].

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: أنّ ما ذكروهُ إنّما يَصِحُّ أنْ لَوْ كان غَرَضُ العاقِدِ مُتَعَلِّقًا بما وراءَ القَدْرِ المشْتَرَك، مِمَّا دَلَّ عليهِ لفظُه، وقدْ أبطلناهُ فلا غرَرَ ولا مُنازَعة.

وعلَى هَذا نَقُول: يَصِحُّ السَّلَمُ في اللآلِئِ الصِّغارِ وَزْنًا، ولا يَصِحُّ في الكِبار؛ لعَدَمِ القُدْرةِ على تَسْلِيمِها؛ لعَدَمِ عُمُومِ وُجودِها، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ في القِسِيِّ والنِّبال، لتَرَكُّبِها من أفرادٍ مقصودة، لا نَعْلَمُ بعدَ تركِيبِها أنّها موافِقةٌ

---

(١) تقدم ذكر الخلاف في قبول روايته في صفحة ٩٢ هامش ٢.

لِلْغَرَضِ أَمْ لا، ولا في الخُشُبِ المنحُوتة؛ لاختِلافِها في الغِلَظِ والدِّقَّةِ وكَيْفيّةِ النَّحْت.

وأمّا الرُّؤُوسُ والأكارِع: فإنْ كانتْ مُنَقّاةً[١] صَحَّ السَّلَمُ فيها وَزْنًا وَإلا فلا، لاشْتِمالِها على ما لَيْسَ بمَقْصُودٍ مانِعٍ من اعتِبارِ وَزْنِها.



(١) مُنقّاة أي: منزوعة الشعر والصوف. «روضة الطالبين» للنووي، ٤: ٢٢.

مسائل الرهن

[٤٧] ـ مسألة [رهن المشاع]

رهنُ المشاع صحِيحٌ عندنا[١]، خِلافًا لأبِي حنيفةَ[٢]، وعنْ أبِي حنِيفةَ في إبطـالِ الشُّيُـوعِ الطّارِئِ روايَتانِ[٣].

وهو كما إذا رَهَنَ مُفْرَزًا ثُمَّ باع بعضَهُ بإذْنِ المرتَهِن، وقدْ أجْمَعْنا على أنّهُ إذا رَهَنَ العَينَ مِنِ اثنَينِ بقولِه: رهَنْتُها مِنكُما؛ أنّهُ يَصِحّ، غيرَ أنّهُ إذا فكَّ [ب/ ٤٦] نَصِيبَ أحَدِهِما بَقِيَ حقُّ الآخَرِ مُتَعَلِّقًا بنِصْفِ الرَّهنِ عندنا، وعندهُمْ بالكُلّ، ويَظهرُ أثرُ ذلِكَ في بيعِ كُلِّهِ عندَهُمْ، ونصفِهِ عندنا.

ودليلُنا في المسألةِ أنّا نَقُول: اشتَرَكَ الفَرْعُ والأصلُ مَعْنًى، فوَجَبَ أنْ يَشْتَرِكا حُكْمًا، وبيانُ ذلِكَ أنّهُ إذا قال: رَهَنْتُهُ مِنكُما، إمّا أن يكونَ راهِنًا لكُلِّهِ من كلِّ واحدٍ منهُما، أو بعضُهُ من هذا وبعضُهُ من هَذا، إمّا مُعَيَّنًا أو شائِعًا.

الأوَّلُ مَمْنُوع، فإنّهُ لو قالَ: رَهنتُ كلَّهُ من كلِّ واحدٍ منكُما كان باطِلًا بالإجماع، والتَّعْيِينُ خلافُ الإجماع، فلَمْ يَبْقَ غيرُ الشُّيُوع، ولا يَخْفَى أنّ كُلَّ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٥٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٦١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠١. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٦٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٩٨.

(٣) قال المرغيناني: «والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف أنه لا يمنع». «الهداية»، ٤: ٤١٧.

ما يُتَخَيَّلُ مَناطًا للصِّحّةِ هاهُنا من التَّصَرُّفِ الصّادِرِ من الأهلِ في المحَلِّ وغيرِهِ موجودٌ فيما إذا قال: رَهَنْتُ مِنكَ النِّصفَ ومنكَ النِّصف، فإنّ الأصلَ عدمُ فارقٍ مُؤثِّر، فوجبَ الِاشتراكُ في الحُكْم.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّهُ في الأصلِ راهِنٌ للْمَشاعِ؛ فإنّ مَدْلُولَ لَفظِهِ لُغةً إنّما هو رهنُ الكلِّ من كُلِّ واحدٍ منهُما، فإنّهُ وِزانُ قولِه: رأيتُكُما، ومعناهُ تَعَلُّقُ الرُّؤيةِ بكُلِّ واحدٍ مِنهُما، ولِأنّ حُكْمَ الرَّهْنِ إنّما هو استِحقاقُ الحَبْسِ الدّائِم.

ودلِيلُهُ أمْران:

أحدهُما: أنّ لفظَ الرَّهنِ مُشْعِرٌ بهِ لغةً، ومنهُ قولُهُ تعالى: ﴿ كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ ﴾ [المدَّثر:٣٨]، أيْ: مَحْبُوسة.

وقولُ العَرَب: الميِّتُ رَهِينُ التُّراب، أيْ: حَبِيسُه.

والأصلُ اعتِبارُ اللفظِ بما أشْعَرَ به.

الثّاني: أنّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ ما كان مُفْضِيًا إلى مقصودِهِ ووسِيلةً إليه، واستحقاقُ الحَبْسِ الدّائِمِ يُفْضِي إلى مَقْصُودِ الرَّهْن، فكان حُكْمًا لَه، وبيان ذلك أنّهُ من المناسِبِ أن يكونَ مقصودُ الرَّهنِ تَوْثِقةَ الدَّينِ بالعَينِ المرهُونة؛ لتَكُونَ مُعَدّةً لأداءِ الرَّهنِ من ثَمَنِها عندَ تَعَذُّر أدائِهِ من جِهةٍ أُخْرَى، فإنّهُ مطلوبٌ من الرَّهنِ في العادة.

وفي تقدِيرِهِ جَرَى الناسُ على عادتِهِمْ، فكان مُناسِبًا، ويَدُلُّ على كونِهِ وثيقةً قولُهُ تعالى: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة:٢٨٣]، شَرَعَ الرَّهنَ بَدَلًا عن الشَّهادة، والمبدَلُ وَثِيقة، فكان البَدَلُ وَثِيقةً.

[أ/ ٤٧] ولا يَخْفَى أنّ استِحقاقَ الحَبْسِ الدّائِمِ مُفْضٍ / إلى مَقْصُودِ الوَثيقة، فكان

حُكْمًا للرَّهن، واستِحقاقُ حَبْسِ كُلِّ الرَّهنِ ثابِتٌ لكُلِّ واحدٍ مِنهُما في الأصل، فإنّهُ لا يَمْتَنِعُ أنْ يكونَ الشَّيءُ الواحِدُ مُسْتَحَقَّ الجِنْسِ لجَماعةٍ من غيرِ ازدحام، كاستِحقاقِ حَبْسِ الشَّخصِ الواحدِ بدُيُونِ جماعة.

وعلى هذا نَقُولُ: إنّهُ لوِ انْفَكَّ نصِيبُ أحدِهِما فإنّ كُلَّ الرَّهنِ يَبْقَى مَحْبُوسًا بحَقِّ الآخَر، ويُباعُ كُلُّهُ في دَيْنِه، فلا يَكُونُ حُكْمُ الرَّهنِ مُخْتَلًّا فيه بخِلافِ الفَرْع، فإنّ الشُّيُوعَ فيه مِمّا يُخِلُّ بحُكْمِ الرَّهْنِ فافْتَرَقا.

وإذا قـال: رَهَنْـتُ كُلَّهُ من كُلِّ واحدٍ منهُما، فإنّما لَمْ يَصِحَّ؛ لأنّهُ مُشْـتَمِلٌ على المبالَغة، فأشْعَرَ بتَمامِ مَقصُودِ الرَّهن، ومقصودُهُ تَوثِقةُ استِيفاءِ الدَّيْنِ من غيرِ ازدِحام، وهو مُمْتَنِع، وهو بخِلافِ قولِه: رَهَنْتُهُ مِنكُما، فإنَّهُ غيرُ مُشْـتَمِلٍ علـى المبالَغة، فأمْكَـنَ جَعْلُ كُلِّهِ رَهْنًا عِندَ كُلِّ واحـدٍ مِنهُما؛ نَظَرًا إلى عُمُومِ حُكْمِـه، وهـو اسـتِحقاقُ الحَبْسِ الدّائِـمِ لكُلِّ واحـدٍ مِنهُما من غيـرِ ازدحامٍ فيـه، وإنْ لَـمْ يَكُنْ كامِلًا بالنَّظَرِ إلى مقصودِه، وهو اسـتِيفاءُ الدَّيْنِ منه؛ لوُقوعِ الازدِحامِ فيه.

والجواب: نَمْنَعُ كونَهُ راهِنًا لكُلِّهِ من كُلِّ واحدٍ مِنهُما في الأصلِ المذكُورِ لما قَرَّرْناه.

قولُهُمْ: إنّهُ مَدْلُولُ لَفْظِهِ، لُغةً مَمْنُوع.

قولُه: إنّهُ وِزانُ قولِه: رَأيْتُكُما، لَيْسَ كذلِك، بَلْ وِزانُ قولِه: بِعْتُ منكُما، ومَدْلُولُهُ الشُّيُوع، وكذلِكَ هاهُنا.

قولُهُمْ: حُكْمُ الرَّهنِ استِحقاقُ دوامِ الحَبْس، وهو ثابِتٌ لكُلِّ واحدٍ منهُما، لا نُسَلِّمُ أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ ما ذكروه، وما ذكروهُ من الإشعارِ اللُّغَوِيِّ غيرُ مُسَلَّم،

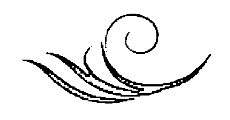
بَلْ إشعارُهُ باللُّزُوم، هكذا ذكرَهُ الأزْهَرِيُّ[١].

قولُهُمْ: إنَّهُ يُفْضِي إلى مَقصُودِ الرَّهْن، لا نُسَلِّمُ ذلِكَ مع عَدَمِ استِحقاقِ البَيعِ بتَقْدِيرِ العَجْزِ عن استِيفاءِ الدَّيْنِ من مالٍ آخَر، فلا يَكُونُ حُكْمًا.

ثُمَّ لَوْ كان استِحقاقُ الحَبْسِ الدّائِمِ حُكْمًا للرَّهْنِ لَما صَحَّ الرَّهْنُ في الأصلِ المذكور؛ لأنّ استِحقاقَ الحَبْسِ الدّائِمِ لكُلِّ واحدٍ مِنهُما إنّما يُتَصَوَّرُ أنْ لَوْ أمْكَنَ حَبْسُهُ عادةً عندَ كلِّ واحدٍ منهُما [ب/٤٧] دائِمًا وليسَ كذلِك.

وعلى هَذا فلَمْ يَتَحَقَّقِ الفَرْقُ بينَ الأصلِ والفَرْع، وما ذكروهُ من الفَرْقِ بينَ الأصلِ وصُورةِ الإلزامِ فغَيْرُ صَحِيح، فإنّهُ لو كان في الأصلِ المذكورِ راهِنًا لكُلِّهِ من كلِّ واحدٍ منهُما لَكان لَفْظُهُ مُشْعِرًا بذَلِكَ حَسَبَ إشعارِ قولِه: رَهَنْتُ كُلَّهُ من كُلِّ واحِدٍ مِنكُما، إذِ الأصلُ استِعمالُ اللَّفظِ فيما أشْعَرَ بِهِ لا في غَيْرِه.

واختلافُ الصُّورَتَينِ في لَفْظِ التَّأكيدِ في أحدِهِما وعَدَمِهِ في الأُخْرَى لا يُوجِبُ اختِلالَ المدْلُولِ في نَفْسِه، ويَلْزَمُ من ذلِكَ الِاتِّحادُ في الحُكْمِ والمقْصُود، ولَوْ كان كَذلِكَ لَصَحَّ الرَّهْنُ في الصُّورَتَيْن، أوْ لَما صَحَّ فيهِما، وهو خِلافُ الإجماع.



(١) قال الأزهري: «والرهن الشيء الثابت الدائم». «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي»، ص١٤٧.

[٤٨] ـ مسألة [تلف الرهن من غير تفريط]

إذا تَلِفَ الرَّهنُ في يدِ المرتهِن من غيرِ تفرِيطٍ فالدَّينُ باقٍ بحالِه، ولا شيءَ على المرتَهِنِ عندنا[١]، خِلافًا لهُمْ، فإنَّهُمْ قالوا: يكونُ مضمونًا عليهِ بأقَلِّ الأمْرَينِ من قيمتِه، أوْ قدرِ الدَّينِ[٢].

ولهُمْ روايةٌ أنّهُ مضمونٌ بكَمالِ قِيمَتِه[٣].

ولهُمْ خلافٌ في الرَّهنِ المعدل تحتَ يدِ ثالِثٍ بمَنْعٍ وتَسْلِيمٍ[٤].

ودليلُنا في المسألةِ أنّ الدَّينَ كان ثابِتًا قبلَ تَلَفِ الرَّهْن، والأصلُ بقاءُ ما كان، وإنْ سلَّمْنا فيما كان أصلُهُ على البَقاءِ كالجَواهِر، لا فيما أصْلُهُ على التَّجَدُّدِ كالأعراض، وإنْ سَلَّمْنا ذلِك، ولكِنْ فيما لَمْ يَبْطُلْ دَلِيلُه، ودليلُ الثُّبوتِ قبلَ التَّلَفِ الإجماعُ، ولا إجماعَ بعدَ التَّلَف.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٦٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٦٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٦١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٩١.

(٣) وهو قول الإمام زفر رحمه الله. «هداية المبتدي» للمرغيناني، ٤: ٤١٤.

(٤) معتمد مذهب الحنفية جواز وضع الرهن تحت يد عدل غير الراهن والمرتهن، ولم أقف على مخالف منهم لذلك، قال الكاساني: «ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز، ويكون قبضه كقبض المرتهن، وهذا قول العامة، وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن إلا بقبض المرتهن، والصحيح قول العامة». «بدائع الصنائع» للكاساني ٦: ١٣٧.

سلَّمنا ذلِكَ مُطْلَقًا ولكِنْ إذا لَمْ يُوجَدِ المزيل، وبيانُ وُجودِ المزيلِ من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصّ: فما رُوي: أنّ رَجُلًا رَهَنَ فرَسًا عندَ غيرِهِ فنَفَقَ الفَرَس، فقالَ النَّبيُّ ﷺ للمُرْتَهِن: «ذَهَبَ حَقُّكَ»[1]، وحقُّهُ لا يَخْرُجُ عن الدَّيْنِ وحقِّ الرَّهْن، وفواتُ حقِّ الرَّهْنِ بعدَ تَلَفِ الرَّهْنِ من الواضِحات، فلا يَتعَرَّضُ النَّبيُّ ﷺ لنَفْيه، فلَمْ يَبْقَ غيرُ حَقِّ الدَّيْن.

وأمّا المعْنَى فمن وَجْهَيْن:

[٤٨/أ] **الأوّل:** هو أنّ المرْتَهِنَ صارَ مُسْتَوْفيًا للدَّيْنِ من العَيْنِ المرْهُونةِ بعدَ تَلَفِ الرَّهْن، وبيانه أنّ الرَّهْنَ إنّما شُرِعَ بنَفْسِهِ لاستِيفاءِ الدَّيْن.

أمّا أنّهُ وثيقةٌ فلِما سَبَقَ في المسألةِ المتَقَدِّمة، وأمّا أنّهُ وثِيقةٌ لاستِيفاءِ الدَّينِ فلِأنّ الدَّيْنَ لَهُ طرَفان: وُجوب، واستِيفاء، وليسَ الرَّهنُ وثيقةً للوُجوب؛ لأنّ الوثِيقةَ ما يَزِيدُ الموْثُوقَ تأكِيدًا بالنِّسبةِ إلى حالِهِ قَبلَها، ووُجوبُ الدَّينِ ليسَ كذلِك لعدَمِ اختِلافِهِ قبلَ الرَّهنِ وبعدَه، فكان وثِيقةً للاستِيفاء.

والاستيفاءُ حقيقةً إنّما يَحْصُلُ بمِلْكِ اليَد، فكان مِلْكُ اليَدِ حُكْمًا للرَّهْن، وإذا كان مُسْتَوْفيًا لدَيْنِهِ من المرهُونِ يَدًا، فلا يَبْقَى لهُ حَقُّ المطالَبةِ باستِيفاءِ اليَدِ مَرّةً أُخرَى؛ لما فيه من الرِّبا المُحَرَّم، والإضْرارِ بالرّاهِنِ المنْفيِّ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[2].

ومع ذلِكَ فتَمْتَنِعُ عليهِ المطالَبةُ بمِلْكِ الرَّقَبةِ دُونَ مِلْكِ اليَد؛ لعَدَمِ تَصوُّرِه،

---

(١) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يرهن الرجل فيهلك، **٢٢٧٨٥**. قال الإمام ابن الخرّاط: «هذا مرسل وضعيف الإسناد». «بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام» لابن القطان، **٣: ٥٢٨**.

(٢) تقدم تخريجه.

ولِعَدَم القائِلِ به، وعندَ ذلِكَ وَجَبَ أَنْ يَتَعَيَّنَ المرْهُونُ لاستِيفاءِ مِلْكِ الرَّقَبةِ منه، ضَرُورةَ تَعَذُّرِ استِيفاءِ ذلِكَ من مالٍ آخَر.

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّهُ من المناسِبِ أنْ يَكُونَ الرَّهْنُ وثِيقةً للدَّيْن، بمعنى تَعْيِينِهِ للأداءِ مِنهُ بتَقدِيرِ تَعَذُّرِ الأداءِ من مالٍ آخَر، وذلِكَ مَقصودٌ من الرَّهْنِ عُرْفًا، فكان مَشرُوعًا لذَلِك، تَقْرِيرًا للنّاسِ على عاداتِهِمْ.

الثّانِي: أنّ الرَّهْنَ مَقبُوض، والقَبْضُ إنّما يُرادُ لِلاستِيفاء، والاِستِيفاءُ مُوجِبٌ للضَّمان، فناسَبَ أنْ يَنْسَحِبَ حُكمُهُ على القَبْضِ التّابعِ لَه، تَرْتِيبًا لِلْحُكْمِ على وَفْقِ الحَقِيقة.

والجوابُ عن الأوَّلِ والثّانِي: أنّهُ لَوْ عُلِمَ ثُبوتُ الدَّيْنِ بإقرارِهِ أوْ غيرِه قُبِلَتِ الشَّهادةُ عليهِ بعدَ حِين، وسواءٌ كان من قَبِيلِ المتَجَدِّداتِ أوْ غيرِه.

وعن الثّالِث: أنّ الحُكْمَ إنِ افْتَقَرَ في دَوامِهِ إلى دَوامِ احتِمالِ الحِكْمة فلا نُسَلِّمُ أنّهُ يَفْتَقِرُ إلى دَوامِ المعرِّفِ لَه.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُهُ على فواتِ حَقِّ التَّوْثِقةِ بالبَدَل، دَفْعًا لوَهْمِ مَنْ يَتَوَهَّمُ ذلِك، وذلِكَ غَيرُ واضحٍ جَمْعًا بَيْنَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّلِيل.

كيفَ وهو مُعارَضٌ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ على الرّاهِن، لَهُ غُنْمُهُ وعليهِ غُرْمُهُ»[1].

---

(١) أوله في «سنن ابن ماجه»، كتاب الرُّهون، باب لا يغلق الرهن، ٢٤٤١، بلفظ: «لا يغلق الرهن»، وتمامه في «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٩٢٠. قال الدارقطني: «وهذا إسناد حسن متصل»، قال ابن حجر العسقلاني: «صحَّح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وصحَّح ابن عبد البر وعبد الحق =

[ب/٤٨] وهو عامٌّ في الهَلاكِ وغيرِه، وإذا تعارَضَ النَّصّانِ سُلِّمَ لَنا ما ذكرناه.

وعَنِ المعارَضةِ بالمعْنَى الأوَّل: نَمْنَعُ أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ التَّوثِقةُ بجِهةِ الِاستِيفاءِ للْيَد، بَلْ بمَعْنَى أنّهُ كان للْمُرْتَهِنِ المطالَبةُ بالأداءِ من مُطلَقِ مال، فانْضَمَّ إليهِ بتَقدِيرِ تَعَذُّرِ الأداءِ من مالٍ آخَرَ المطالَبةُ بالأداءِ من العَيْنِ المرْهُونة.

وبيانُ تَعَذُّرِ جَعْلِهِ وثيقةً بمَعْنَى استِيفاءِ الدَّيْن: أنّ الوَثِيقةَ تَزِيدُ الموْثُوقَ تَأكِيدًا، مع بَقائِهِ على ما كان عليهِ من صِفَتِه، ولا يَخْفَى امتِناعُ ذلِكَ بتَقْدِيرِ استِيفاءِ اليَد؛ لأنّ المرْتَهِنَ كان لهُ بتَقْدِيرِ عَدَمِ الرَّهْنِ المطالَبةُ بالِاستِيفاءِ ولَوْ هَلَكَ جَمِيعُ أموالِ الرّاهِن.

وبِتَقدِيرِ استِيفاءِ الدَّيْنِ يَدًا من المرْهُون نَمْنَعُ المطالَبةَ بَعدَ هلاكِ المرهُونِ على ما قرَّرُوه، فلا يَصْلُحُ للوَثِيقة.

سلَّمْنا أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ استِيفاءُ الدَّينِ يَدًا، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ استِيفاءَ مِلْكِ الرَّقَبة، وما ذكروهُ في تقرِيرِهِ غيرُ صَحِيح، فإنّ استِيفاءَ مِلْكِ الرَّقَبةِ إمّا أنْ يَكُونَ بعدَ الهَلاكِ أو قَبْلَه.

الأوَّل: مُمْتَنِعٌ لاستِحالةِ مِلْكِ الهالِك.

والثّانِي: أيضًا مُمْتَنِعٌ؛ لأنّ المِلْكَ إنّما يَثْبُتُ لغَرَضِ الِانتِفاع، وهو غيرُ حاصِلٍ قُبَيلَ الهَلاك، ولِأنّهُ لو مَلَكَهُ قُبَيْلَ الهَلاكِ لَوَجَبَ عليهِ تجهِيزُهُ وتكفينُه، إن كان المرهونُ عبدًا؛ لمَوْتِهِ على مِلْكِه، وهو خِلافُ الإجماع.

= وصلَه، وقوله: «له غُنمه وعليه غُرمه»، قيل: إنها مُدرَجة من قول ابن المسيب، فتحرَّر طرقه، قال ابن عبد البر: هذه اللفظة اختلف الرواة في رفعها ووقفها، فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما، مع كونهم أرسلوا الحديث على اختلاف على ابن أبي ذئب، ووقفها غيرهم». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ٨٤.

ولا يُمْكِنُ أنْ يُقالَ بأنّ استِيفاءَ مِلْكِ الرَّقَبةِ إنّما كان من جِهةِ الماليّةِ لا من جِهةِ الصُّورة، فلِذلِكَ لَمْ يَجِبْ عليهِ تَجْهِيزُهُ؛ لأنّهُ لوْ أمْكَنَ مِلْكُ الماليّةِ دُونَ صُورةِ الذّاتِ لَما احتِيجَ إلى مِلْكِ الذّات؛ لأنّ مِلْكَ الذّاتِ إنّما يُحتاجُ إليهِ ضرورةَ مِلْكِ الماليّة، ولِهَذا فإنّ ما لا ماليّةَ لَهُ لا يَكُونُ مَمْلُوكًا.

وعن المعارَضةِ الثّانية: أنّ حُكْمَ الاستِيفاءِ بتَقدِيرِ التَّلَفِ في يَدِ المسْتَوْفي إنّما هو بمعنى فواتِ العَيْنِ التّالِفةِ على مِلْكِه، لا بمَعْنَى أنّ الضَّمانَ يَجِبُ لغَيْرِهِ عليه، ولا بمَعْنَى فواتِ حَقٍّ لَهُ على غيرِهِ حتَّى يُقالَ بثُبُوتِ مِثلِ ذلِكَ للْقَبض.

وإنْ سَلَّمْنا مُناسَبةَ القَبْضِ للضَّمان، لَكِنْ إذا كان غيرَ مُسْتَحَقٍّ كَيَدِ السَّوْمِ والقَبْضُ فيما نَحْنُ فيه مُسْتَحَقٌّ فلا يَكُونُ في مَعْنَى القَبْضِ / السَّوْم. [٤٩/أ]



[٤٩] ـ مسألة [انتفاع الراهن بالرّهن]

يَجُوزُ للرّاهِنِ [أنْ] يَنْتَفِعَ بالعَيْنِ المرهُونةِ انتِفاعًا لا يَنْقُصُ العَيْنَ ولا القِيمة، ولا يُعَرِّضُهُما لذَلِك، كَلُبْسِ الثَّوْبِ، وَوَطْءِ الجارية، لَكِنْ إنْ أمْكَنَ الجَمْعُ بينَ الِانتِفاعِ مع بَقاءِ يَدِ المرْتَهِنِ فهو المتَعَيِّن، وإلا أُخِذَ المرْهُونُ من المرْتَهِنِ نَهارًا مع الإشْهادِ، ورُدَّ عَلَيْهِ لَيْلًا[١]، خلافًا لأبي حنيفة في قَوْلِه: لَيْسَ للرّاهِنِ الِانتِفاعُ مُطْلَقًا[٢].

وإنّما قُلْنا ذَلِكَ لأنّ القَوْلَ بعَدَمِ جَوازِ الِانتِفاعِ إمّا أنْ يَكُونَ مع وُجودِ عِلَّتِهِ قبلَ الرَّهْن، أوْ بَعْدَ الرَّهْن، أوْ لا مع وُجُودِها فيه.

الأوَّل: يَلْزَمُ منهُ انتِفاءُ الحُكْمِ مع وُجُودِ ما يَقْتَضِيهِ، وهو مُمْتَنِع.

والثّانِي: يَلْزَمُ منهُ القُصُورُ في العِلّةِ، وهو مُمْتَنِع، وما يَلْزَمُ منهُ الممْتَنِعُ فهو مُمْتَنِع.

فإنْ قِيل: أمّا ما يَتَعَلَّقُ بالقُصورِ فقَدْ سَبَقَ الِاعتِراضُ عليهِ في المسائِلِ المتَقَدِّمة، وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ العِلّةِ في الفَرْع، ولكِنْ إنّما يَلْزَمُ الحُكْمُ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ المعارِضُ لَه.

وبَيانُ وُجُودِ المعارِض: هو أنّ الرَّهْنَ صَحِيح، وهو مانِعٌ من الِانتِفاع، وبيانه

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٥٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٦٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٩٤.

هو أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ استِحقاقُ الحَبْسِ الدّائِمِ على ما سَبَقَ في رَهْنِ المشاع، وَفي جَوازِ الِانتِفاعِ ما يُفْضِي إلى إبْطالِهِ، وهو مُمْتَنِع؛ لما فيه من إبطالِ الرَّهْنِ المُجْمَع على صِحَّتِه، وإضْرارِ المرْتَهِنِ بإبطالِ حَقِّه، وهو مَنْفيٌّ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[1].

ثُمَّ التَّرجِيحُ للْمُعارِضِ من جِهةِ الإجمالِ والتَّفْصِيل:

أمّا الإجمال: فلِأنّهُ يَمْتَنِعُ جوازُ الِانتِفاعِ به، على تَقْدِيرِ مُساواتِهِ للْمُقْتَضِي وَرُجْحانِهِ عليه، والمقْتَضِي إنّما يُمْكِنُ العَمَلُ بهِ بتَقْدِيرِ رُجْحانِهِ لا غَيْر، وهو احْتِمالٌ واحِد.

وأمّا التَّفْصِيلُ فهو: أنّ ما يَلْزَمُ الرّاهِنَ من الضَّرَرِ بعَدَمِ جَوازِ الِانتِفاعِ لازِمٌ لَهُ من فِعْلِه، بخِلافِ الإضْرارِ اللازِمِ للْمُرْتَهِنِ بجَوازِ الِانتِفاع، فكان إضْرارُ المرتَهِنِ راجِحًا، فكان أوْلَى بالدَّفْع.

والجوابُ عمّا يَتَعَلَّقُ بالقُصور: ما سَبَقَ أيضًا.

وعن المعارَضةِ في الفَرْع: نَمْنَعُ أنّ حُكْمَ الرَّهنِ استِحقاقُ الحَبْسِ على ما سَبَقَ في رَهنِ المشاع، وإنْ سَلَّمْنا أنّ حُكمَ الرَّهنِ استِحقاقُ الحَبْس، لَكِنْ لا مُطلَقًا بَلْ في غيرِ وقتِ الِانتِفاع، وإنْ سَلَّمْنا ذلِكَ مُطلَقًا إلا أنّا نَفْرِضُ الكلامَ في الِانتِفاعِ الذِي لا تَزُولُ معهُ يَدُ المرْتَهِن.

وإنْ سَلَّمْنا لُزُومَ الإضرارِ بالمرْتَهِن، لكِنْ لا بُدَّ لَهُ من شاهِدٍ بالِاعتِبار، ولا يُمْكِنُ قِياسُهُ على الِانتِفاعِ الذِي يَلْزَمُ منهُ تنقِيصُ العَينِ أوِ القِيمة، لما بينهُما من التَّفاوُتِ في الضَّرَر.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

والخَبرُ فمُشْتَرَكُ الدَّلالة، فإنّهُ يَدُلُّ أيضًا على نَفْيِ الإضرارِ عن الرّاهِنِ بامتِناعِ الانتِفاعِ مع وُجودِ مُقْتَضِيه.

وما ذكروهُ من التَّرجيحِ لجانِبِ المرتَهِنِ مُعارَضٌ بأنّ ضَرَرَ الرّاهِنِ بما يَفُوتُ عليهِ من المنافِعِ ظاهِر؛ لفَواتِها من غيرِ جابِرٍ بخِلافِ ضَرَرِ المرْتَهن؛ لأنّ الغالِبَ عَوْدُ المرْهُونِ إلى يَدِه، ولا سِيَّما مع الإشهاد، وأنّ المنافِعَ الفائِتةَ على الرّاهِنِ مِمّا جَرَتِ العادةُ ببَذْلِ العِوَضِ في مُقابَلَتِها، بخِلافِ الفائِتِ على المرْتَهِنِ من الحَبْس، فكان إضرارُ الرّاهِنِ أتَمّ.

كيفَ وأنّ ما ذكَرُوهُ من المعارَضَتَينِ مُعارَضٌ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوب، وعلى مَنْ يَحْلُبُهُ ويَرْكَبُهُ نَفَقَتُهُ»[1]؟

والمرادُ من قَولِه: «مَحْلُوبٌ ومَرْكُوب»: إنّما هو جوازُ ذلِكَ لا نَفْسُ الحَلْبِ والرُّكوبِ حَقِيقةً؛ إذْ هو ظاهِرٌ لا يُحتاجُ إلى بَيانِه، وجوازُ ذلِكَ غيرُ ثابتٍ لغَيْرِ الرّاهِنِ إجماعًا، فكان ثابِتًا للرّاهِن.

ومع مُعارَضةِ ما ذكروهُ بما ذكرناهُ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.



(١) «صحيح البخاري»، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ٢٥١١. ولفظ المؤلف في «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٩٣٠.

[٥٠] ـ مسألة [إعتاق الراهن عبده المرهون]

لا يَصِحُّ إعتاقُ الرّاهِنِ للْعَبْدِ المرْهُونِ عِندَنا[١] على القَوْلِ المنْصُورِ في الخِلافِ[٢]، خِلافًا لأبي حَنِيفةَ[٣].

وإنّما قُلنا ذلِكَ لأنّ القولَ بالصِّحَّةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه، فإنْ قِيل: دليلُ وجودِ الصِّحّةِ أنّهُ إعتاقٌ صَدَرَ من أهْلِهِ في مَحَلِّهِ، فوَجَبَ أنْ يُقْضَى بصِحَّتِه، قِياسًا على إعتاقِ العَبْدِ المسْتَأْجَرِ المشْتَرَك، والجارِيةِ المزَوَّجة، والمبِيعِ قبلَ قَبْضِه.

والمعْنِيُّ بالأهْلِيّة: أنّ المتَصَرِّفَ بالِغٌ عاقِلٌ ناظِرٌ لنَفْسِه.

وبالمحَلّ: أنّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ قَبْلَ العِتْق.

فَمن المناسِبِ القَضاءُ بالصِّحّة، تَحْصِيلًا لمَقْصُودِ المتَصَرِّف، ودَفْعًا للضَّرَرِ عنهُ بإبْطالِ تَصَرُّفِهِ كالأُصُولِ المذْكُورة.

والجواب: أنّ ما ذكروهُ إنّما يكونُ مُناسِبًا أنْ لَوْ لَمْ يَلْزَم منهُ مَفسَدةٌ مُساوِيةٌ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٥٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٦٥.

(٢) قال العمراني: «قال الشيخُ أبو حامد: إلا أنّ الصحيحَ مِنَ القولَينِ في الموسِرِ أنّ عتقَهُ يَنفُذ، والصحيحُ مِنَ القولَين في المُعسِرِ أنّهُ لا يَنفُذُ عِتقُه». «البيان» للعمراني، ٦: ٧٥.

(٣) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٦٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٩٥. وقال سِبطُ ابن الجوزي الحنفي، في نفس الصفحة: «فإن كان موسِرًا ضَمِنَ قيمةَ العبدِ، وإن كانَ مُعسِرًا سَعَى العبدُ في قيمَتِه».

[أ/ ٥٠] لَه، أوْ راجِحةٌ عليه، وبيانُ لُزُومِ المفْسَدة: أنّهُ يَلْزَمُ من صِحّةِ الإعتاقِ لما ذكروهُ إضرارٌ بفَواتِ حَقِّهِ من الوَثِيقةِ دونَ رِضاه.

والتَّرجِيحُ لَهُ من حيث إنه يُنْسَبُ إلى فِعْلِه، وضررُ الرّاهِنِ مَنْسُوبٌ إلى حَقٍّ يَثْبُتُ بإثباتِه، وهو حَقُّ الرَّهْنِ، فيَكُونُ كالرّاضِي به، واحتِمالُ الضَّرَرِ المرْضِيِّ بهِ أسْهَلُ مِمّا لَمْ يُرْضَ به.

وإنْ سَلَّمْنا المناسَبةَ فلا بُدَّ لَها من أصْلٍ يَشْهَدُ بالِاعتِبار، والعبدُ المسْتَأْجَرُ فإعتاقُهُ لا يُوجِبُ فسْخَ الإجارة، ولا تَفْوِيتَ حَقِّ المسْتَأْجِرِ عِندَنا، بَلْ لَهُ استِيفاءُ المنْفَعةِ إلى آخِرِ مُدّةِ الإجارة، بخِلافِ إعتاقِ المرْهُون، فإنّهُ يُفَوِّتُ حَقَّ المرْتَهِنِ من الوَثِيقة.

وأمّا إعتاقُ المبِيعِ قبلَ قبضِه: فغَيْرُ صَحِيحٍ عندنا، وإنْ صَحَّ فلِأنّ حَقَّ البائِعِ من جِنْسِهِ ضَعِيف، ولِهَذا يَبْطُلُ بإعارَتِهِ من المشْتَرِي، بخِلافِ حَقِّ المرْتَهِن.

وأمّا إعتاقُ الجارِيةِ المزَوَّجة: فإنّهُ لا يُفَوِّتُ أصْلَ الحَقِّ من النِّكاح، بَلْ صِفَتَهُ من اللُّزُوم، ولا يَخْفَى أنّ الإضرارَ اللازِمَ من فواتِ أصْلِ الحَقِّ فوْقَ الإضرارِ اللازِمِ من صِفةِ اللُّزُوم.

وأمّا إعتاقُ أحَدِ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَه: فهو مُتَعَيِّن؛ لحُصُولِ مَقْصُودِ المعْتِقِ حالةَ الشِّرْكة، حيث إنه لا يَقْدِرُ على شِراء نَصِيبِ شَرِيكِه؛ إذْ للشَّرِيكِ وِلايةُ الِامتِناعِ عَنْ ذلِك، بخِلافِ الرّاهِنِ؛ لكَوْنِهِ قادِرًا على العِتْقِ بعدَ فكِّ الرَّهْن، ولا يَلْزَمُ من الصِّحّةِ لأتَمِّ الجانِبَينِ الصِّحّةُ لأدْناهُما، واللهُ أعلم.



[٥١] ـ مسألة [تخليل الخمر]

تخليلُ الخَمْرِ غيرُ جائِزٍ، والخَلُّ الحاصِلُ مِنها نَجِسٌ عندنا(١)، خِلافًا لَهُمْ في الطَّرِيقَيْنِ(٢).

وإنّما قُلنا بنَجاسةِ الخَلِّ الحاصِلِ؛ لأنّهُ كان نجِسًا قَبْلَ التَّخْلِيل، والأصلُ بقاءُ ما كان على ما كان، إلا أنْ يُوجدَ المزِيلُ، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ أنّ الأصلَ بقاءُ ما كان على ما كان، وإنْ سَلَّمْنا ذلِك، ولَكِنْ إذا بَقِيَ السَّبَبُ المحَرِّمُ وهو غيرُ باقٍ.

وبيانه أنّ السَّبَبَ المنَجِّسَ إنّما هو صِفةُ الخَمْرِيّة، بما اسْتَلْزَمَتْهُ من الشِّدّةِ المطْربةِ المُفْضِيةِ إلى تَغطِيةِ العَقلِ المؤَدِّي إلى إثارةِ الفِتَنِ والخُصُومات، فإنّهُ يُناسِبُ التَّنَجُّس مُبالَغةً في التَّنْفيرِ عنْ شُرْبِ الخمرِ، وتَقْدِيرِ قُبْحِها في النُّفُوس؛ دَفْعًا لهَذا المحْذُور، والحُكْمُ ثابِتٌ على وَفْقِه.

ولا يَخْفَى انتِفاءُ صِفةِ الخَمْرِيّة، والحِكمةِ المُفْضِيةِ إلى التَّنْجِيسِ قَطْعًا بَعْدَ الانقِلابِ إلى صِفةِ الخَلِّيَّة.

سلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُموهُ على النَّجاسة، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على الطَّهارة،

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٨٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٦٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٠٤.

وبيانُهُ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ: فقَوْلُهُ تعالَى: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤]، والخَلُّ من الطَّيِّبات؛ لأنّهُ مُستَطابٌ غَيْرُ مُسْتَقْذَرٍ فكان حَلالًا.

وقولُهُ عليهِ السَّلام: «خَيرُ خَلِّكُمْ خَلُّ خَمْرِكُمْ»(١).

وإنّما يَكونُ خيرًا إذا كان طاهِرًا، وقولُه: «يُدْبَغُ الجِلْدُ فيَطْهُرُ كَما يُخَلَّلُ الخَمْرُ فيَحِلُّ»(٢).

وإنّما يكونُ حَلالًا مع الطَّهارة.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ ما قامَ بالخَلِّ من الصِّفاتِ النّافِعةِ يُناسِبُ الطَّهارة، تَمْكِينًا للنّاسِ مِنِ استِيفائِها كَما لَوْ تَخَلَّلَتْ بنَفْسِها.

والجوابُ عن الأوّل: أنّ ما عُرِفَ كَوْنُهُ نَجِسًا يَمْتَنِعُ استِعْمالُهُ وَلَوْ بعدَ حِين، إلا أنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ على طهارَتِه، ولو أنّ الأصلَ بقاءُ النَّجاسةِ لَما كان كذَلِك.

وعن الثّانِي: بامتِناعِ افتِقـارِ الحُكْمِ في دَوامِهِ إلى دَوامِ سَبَبِه، وإنِ افتَقَرَ إلى دَوامِ احتِمالِ الحِكْمَةِ فلا نُسَلِّمُ انتِفاءَ حِكْمةِ التَّنْجيسِ بَعْدَ التَّخْلِيل، فإنّهُ من المناسِبِ أنْ تكونَ الحِكْمةُ تَأْكِيدَ النُّفْرةِ عن الخَمْرِ بإثْباتِ النجاسةِ مُطلَقًا.

ويَجِبُ اعتِقادُ ذلِكَ لما فيه من المبالَغةِ في تَحْصِيلِ ما يُثْبِتُ كَوْنَهُ مَقصُودًا للشّارِع، ولِما فيه من مُوافَقةِ الإطلاقِ في الحُكْم؛ لما [يُعلَمُ من] أنّ الأصلَ في الأحكامِ الإطلاقُ دُونَ التَّأْقِيت.

---

(١) البيهقي، «السنن الكبرى»، كتاب الرهن، باب ذكر الخبر الذي ورد في خل الخمر، ١١٢٠٣. وقال البيهقي: «قال أبو عبد الله [يعني الحاكم]: هذا حديثٌ واهٍ، والمغيرةُ بنُ زياد صاحبُ مناكير».

(٢) نحوه في «سنن الدارقطني»، كتاب الطهارة، باب الدباغ، ١٢٥. وقال الدارقطني: «تفرَّد به فرج بن فضالة، وهو ضعيف».

وعن الآية: أنّ الخَلَّ إنّما يَدْخُلُ تَحْتَ الآيةِ أنْ لَوْ كان من الطيِّبات، وإنّما يكونُ من الطيِّباتِ أنْ لَوْ لَمْ يَكُنْ نَجِسًا مُنَفِّرًا للطِّباعِ عنه، وهو مَحَلُّ النِّزاع.

وعن الخَبَرِ الأوَّل: أنّهُ يَرْوِيهِ ابنُ أبي زِيادٍ[1]، وهو ضَعِيف.

وعن الثّانِي: فيَرْوِيهِ الحَسَنُ بْنُ عمارةَ وَهو ضَعِيفٌ[2]، ومَوْقُوفٌ على ابنِ عبّاسٍ غيرُ مَرفُوعٍ إلى النَّبيِّ ﷺ.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: بمَنْعِ ما اسْتَشْهَدُوا بهِ من الأصلِ على رَأْيٍ لَنا، ذكرَهُ القاضِي حُسَيْنٌ في تَعْلِيقِه.



---

(١) الذي أوهى سند الحديث هو المغيرة بن زياد، ولم أقف على مَن ذكره المؤلف، وقد تقدَّم ذلك في تخريج الحديث، وربما وهم الناسخ فأقحم لفظ «أبي».

(٢) تقدم قول الدارقطني: تفرد به فرج بن فضالة، وضعَّفه. وهو عنده عن أم سلمة، ولم أقف على رواية له عن ابن عباس وفيها الحسن بن عمارة.

[مسائل التفليس]

[٥٢] ـ مسألة [إفلاس المشتري بالثمن بعد قبض المبيع]

إذا أفْلَسَ المشْتَرِي بالثَّمَنِ بعدَ قَبْضِ المبيع، وَوَجَدَ البائعُ عَيْنَ مالِهِ؛ يَثْبُتُ لَهُ خِيارُ الفَسْخِ عِندَنا[1]، خِلافًا لأبِي حنيفةَ في قولِه: لَهُ أُسْوةُ الغُرَماءِ[2].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّهُ تَعَذَّرَ الوُصولُ إلى ما تَعَذَّرَ الوُصولُ إلى بائِعِهِ مُسْتَقِلًّا بإفادةِ الفَسْخِ، فكان بإفادةِ الفَسْخِ أوْلَى، وبيانُ ذلِكَ أنّهُ عاجِزٌ عن الوُصولِ إلى الثَّمَن.

[أ/ ٥١] لأنّ الكلامَ مَفْرُوضٌ فيما إذا ظَهَرَ عندَ الحاكِمِ بشَهادةِ أهلِ الخِبْرةِ من العُدُولِ أنّ ما في مِلْكِ المشْتَرِي لا يَفي بما عليهِ من الدُّيُون، وحَجَرَ عَلَيْهِ قاضٍ شَفْعَوِيٌّ، وحَكَمَ بصِحّةِ حُكْمِهِ شافِعِيٌّ آخَرُ من القُضاة، فإنّهُ يَصِيرُ مَحْجُورًا عليهِ بالِاتّفاق، وعِندَ ذلِكَ فيَتَعَذَّرُ الوُصولُ إلى الثَّمَنِ بما في مِلْكِه؛ لدُخُولِهِ تَحْتَ الحَجْر، وما سِواهُ فأصْلُهُ على العَدَم، وقَدْ ظَهَرَ انتِفاؤُهُ بشَهادةِ العُدُول.

وإذا ثَبَتَ تَعَذُّرُ الوُصُولِ إلى الثَّمَنِ فالرَّهْنُ المشْرُوطُ في الثَّمَنِ تابِعٌ في استِحْقاقِهِ لاستِحقاقِ الثمن؛ لتَوَقُّفِ استِحقاقِ الرَّهنِ على استِحقاقِ الثَّمَنِ من غيرِ عكس، وأنّهُ وثِيقةٌ لَهُ على ما عُرِفَ في رَهْنِ المشاع، فالوَثِيقةُ تابِعةٌ للْمَوْثُوق.

وإذا كان استِحقاقُ الرَّهْنِ تابِعًا لاستِحقاقِ الثَّمَن فلا يَخْفَى أنّ مَقْصُودَ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٦٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٨٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٠٩.

التابعِ دُونَ مَقصُودِ المتْبُوع.

وقَدْ أجْمَعْنا على أنّهُ لو عَجَزَ عن الوُصولِ إلى الرَّهْنِ المشْرُوطِ ثَبتَ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ، دَفْعًا لما يَلْزَمُهُ من الإضرار، فتَعَذُّرُ الوُصولِ إلى الأصْلِ أوْلَى بالفَسْخِ، وسَواءٌ كان الثَّمَنُ هو الدَّراهِمَ المعيَّنةَ أوِ المطْلَقةَ في الذِّمّة.

أمّا إذا كان الثَّمَنُ هو الدَّراهِمَ المعيَّنةَ فلِما ذكرناه، وإنْ كان هو الدَّراهِم المطْلَقة، فلِأنّ المقصودَ مِنها إنّما يَحْصُلُ من الدراهِمِ المعيَّنة، ومع العَجْزِ عَنِ الوُصولِ إلى الدراهِمِ المعيَّنةِ يَكُونُ عاجِزًا عنْ حُصُولِ المقصُودِ من الدَّراهِمِ المطلَقة.

فإنْ قِيل: سَلَّمْنا تَعذُّرَ الوُصولِ إلى الثَّمَنِ على ما ذكرتُمُوه، ولكِنْ لا يَلْزَمُ من الفَسْخِ عندَ تَعَذُّرِ الوُصُولِ إلى الرَّهْنِ الفَسْخُ عندَ تَعذُّرِ الوُصُولِ إلى الثَّمَن؛ لأنّ العَجْزَ عَنِ الرَّهْنِ أظْهَرُ من الثَّمَنِ؛ لوَجْهَيْن:

الأوَّل: أنّ العَجزَ عَنِ الرَّهْنِ إنّما يَكُونُ بتَلَفِ الرَّهْن، أوْ بآفة، أوْ غَصْبِه، أو الامتِناعِ من تَسْلِيمِه، والكُلُّ مَحْسُوس، والعَجْزُ عَنِ الثَّمَنِ بسَبَبِ حَجْرِ الحاكِمِ، وَهو مَشْرُوع، والمحْسُوسُ أظْهَرُ من المشْرُوع.

الثّاني: أنّ العَجْزَ عن الرَّهْنِ يَنْتَفي بالقُدْرةِ على الرَّهْنِ المعيَّن، وَفي الثَّمَنِ يَنْتَفي بالقُدْرةِ على مُطْلَقِ مال، ولا يَخْفَى أنّ أسْبابَ القُدْرةِ على مُطْلَقِ مالٍ أكثرُ مِنها في المعيَّن، فكان احتِمالُ دَوامِ العَجْزِ في الرَّهْنِ أغْلَب.

سلَّمْنا التَّساوِي في ظُهُورِ العَجْز، غيرَ أنّ بالعَجْزِ عن الرَّهْنِ تَفْويتَ حَقِّ التَّوْثقةِ بالرَّهْنِ [ب/٥١] مُطْلَقًا، بخِلافِ العَجْزِ عن الثَّمن فإنّهُ لا يُفوِّتُ حَقَّ الثَّمَنِ مُطْلَقًا؛ لبَقائِهِ في الذِّمّةِ، فكان ضَرَرُ فواتِ حَقِّ الرَّهْنِ أكْثَر، فلا يَلْزَمُ من الفَسْخِ في الرَّهْنِ الفَسْخُ في الثَّمَن.

سلَّمْنا دَلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على الفَسْخ، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ عليهِ السَّلام: «مَنْ باعَ شَيْئًا والرَّجُلُ أفْلَسَ فهو بغَيْرِ المبِيع، ومالُهُ بينَ الغُرَماءِ»(١).

وقولُه: «البائِعُ أُسْوةُ الغُرَماءِ»(٢).

وقولُه: «كُلُّ امرِئٍ أحَقُّ بمالِهِ من والِدِهِ وَوَلَدِهِ والنّاسِ أجْمَعِينَ»(٣).

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ المبِيعَ إمّا أنْ يَكُونَ مُتَعَلَّقَ حَقِّ الغُرَماءِ أوْ لا يَكُون.

فإنْ كان الأوَّل فإمّا أنْ تكونَ حُقُوقُهُمْ راجِحةً على حَقِّ البائِعِ، أوْ مُساوِيةً، أوْ مَرْجُوحةً.

فإنْ كانتْ راجِحةً امتَنَعَ الفسخ؛ لِما فيه من رِعايةِ المرْجُوح وإلغاءِ الرّاجِح، وإنْ كانَتْ مُساوِيةً فلَيْسَ القولُ بالفَسْخِ أوْلَى من عَدَمِه، وإنْ كانَتْ مَرْجُوحةً فلا حاجةَ إلى الفَسخ؛ لإمْكانِ تَخْصِيصِ البائع بالثَّمَنِ دُونَ باقِي الغُرَماء، وكذلِكَ الكلامُ فيما إذا لَمْ تكُنْ حُقوقُهُمْ مُتَعَلِّقةً بالمبِيع.

والجوابُ عن الوَجْهِ الأولِ في ظُهُورِ العَجْزِ عن الرَّهْن: أنّهُ مُلْغًى بما لَوْ

---

(١) لم أجده.

(٢) «سنن أبي داود»، أبواب الإجارة، باب في الرجل يُفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، **٣٥٢٠**. وهو عنده بلفظ: «أيُّما رَجُلٍ باعَ مَتاعًا فأفلَسَ الَّذي ابتاعَهُ ولَم يَقبِضِ الَّذي باعَهُ مِن ثَمَنِهِ شَيئًا، فَوَجَدَ مَتاعَهُ بعَينِه؛ فهوَ أحَقُّ بِه، وإن ماتَ المشتَري فَصاحِبُ المتاعِ أُسوةُ الغُرَماءِ». «سنن ابن ماجه»، كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، **٢٣٥٩**. قال الدارقطني: «ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا، وإنما هو مرسل». «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، **٢٩٠٣**. قال ابن عبد البر: «وقد تكون رواية من أسنده عن ابن شهاب عن أبي بكر عن أبي هريرة، صحيحة». «التمهيد» لابن عبد البر، **٨: ٤٠٩**.

(٣) تقدم تخريجه.

كان مُسْتَنَدُ العَجْزِ عَنِ الرَّهْنِ حُكْم الحاكِم؛ بكَوْنِهِ مُسْتَحقًّا للْغَيْر.

وعن الثّاني: أنّ ما ذكرُوهُ إنّما يَصِحُّ فيما هو مَمْلُوكٌ دُونَ ما ليسَ بمَمْلُوكٍ؛ لأنّ ما لَيْسَ بمَمْلُوكٍ يَفْتَقِرُ إلى تَحقُّقِ الأسبابِ الممْكِنةِ وإلى التَّسلِيم، والتسليمُ بخِلافِ المملُوكِ فإنّهُ لا يَفْتَقِرُ إلى غَيرِ التَّسْلِيم، فكان حُصولُ الرَّهْنِ لكَوْنِهِ مَمْلُوكًا أظْهَرَ من حُصُولِ الثَّمَن؛ إذْ هو غيرُ مَمْلُوك.

وعَنْ زيادةِ الضَّرَر: بفَواتِ الرَّهْنِ بالمنْع، وذَلِكَ لأنّ الرَّهْنَ إنّما هو وَثِيقةٌ لاسْتِيفاءِ الثَّمَنِ لا لنَفْسِ الثَّمَن، فكان تابعًا لاسْتِيفاءِ الثَّمَن، ولا يَخْفَى أنّ ضَرَرَ فواتِ التّابعِ دُونَ ضَرَرِ فواتِ المتْبُوع؛ لتَفاوُتِهِما في المقْصُود.

وعن النُّصوص: أمّا قَوْلُه: «البائعُ أُسْوةُ الغُرَماء»، فهو مَوْقُوفٌ على ابْنِ شِهاب، غيرُ مَرفُوعٍ إلى النَّبيِّ ﷺ(١)، فلا يَكونُ حُجّةً.

وباقِي النُّصوصِ مُعارَضةٌ بما رَوَى الدّارَقُطْنِيُّ عن النَّبيِّ ﷺ أنّهُ قال: «مَنِ اشتَرَى سِلْعةً ثُمَّ أفْلَسَ بثَمَنِها فصاحِبُ السِّلْعةِ أحَقُّ بها إذا وَجَدَها بعَيْنِها»(٢).

[أ/ ٥٢] ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناه.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: أنّ ما ذكرُوهُ لازِمٌ على القَوْلِ بالفَسْخِ مع العَجْزِ عَنِ الرَّهْن، والجوابُ يَكُونُ مُشْتَرَكًا، واللهُ أعلم.

---

(١) انظر التعليق السابق.

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، ١٥٥٩. وهو عنده بلفظ: «إذا أفلَسَ الرَّجُلُ فَوَجَدَ الرَّجُلُ عِندَهُ سِلعَتَهُ بعَينِها فَهوَ أحَقُّ بها». وفي «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٩٠٢. بلفظ: «مَن باعَ سِلعةً فأفلَس صاحِبُها فَوَجدَها بِعَينِها فَهوَ أحَقُّ بها دونَ الغُرَماء».

[مسائل الحوالة]

[٥٣] ـ مسألة [موت المحال عليه مفلسًا]

إذا ماتَ المحالُ عليهِ مُفْلِسًا، أَوْ جَحَدَ الحَوالةَ وحَلَفَ ولا بَيِّنةَ عليهِ لَمْ يَرْجِعِ المحالُ على المحِيلِ بالدَّيْنِ[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ؛ لأنّ القَولَ بالرُّجوعِ إمّا أنْ يكونَ مع فسخِ الحَوالة، أوْ لا مع فسْخِ الحَوالة، وهُما مُمْتَنِعان:

أمّا الأوّل: فلِأنّ قَبولَ الحَوالةِ إسقاطٌ للدَّينِ من ذِمّةِ المُحِيل.

ودَلِيلُ الإسقاطِ حُكمان:

الأوّل: هو أنّ جَوازَ المطالَبةِ أَثَرُ الدَّيْنِ الحالِّ مع اليَسار، وهو مُنْتَفٍ فيما نَحْنُ فيه إجماعًا.

الثّاني: أنّهُ لَوْ أحالَ المكاتَبُ للسَّيِّدِ بنُجُومِ الكِتابةِ عَتَقَ المكاتَبُ في الحال.

ولا يُتَصَوَّرُ ذلِكَ مع بَقاءِ الدَّيْنِ؛ لقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «المكاتَبُ عَبدٌ ما بَقِيَ عليهِ دِرْهَمٌ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٩٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣١٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٥٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٨٨.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، =

ومُسْتَنَدُ هذا الإسْقاطِ القَبُولُ؛ إذِ الأصلُ عَدَمُ ما سِواه، وإذا ثَبَتَ أنّ الحَوالةَ إسْقاطٌ للدَّيْنِ فالإسْقاطُ غيرُ قابلٍ للْفَسْخ، بدَلِيلِ ما لَوْ صَرَّحَ بإسْقاطِه.

وعلى هذا نَقُولُ بصِحّةِ الحَوالةِ بلَفْظِ الإسْقاط، مع ضَمِيمةِ إثْباتِ المِثْلِ في ذِمّةِ المُحالِ عليه، وإنْ كان لا مع فسْخِ الحَوالةِ مع ما بَيَّناهُ من سُقُوطِ الدَّيْنِ من ذِمّةِ المُحِيل، فالرُّجُوعُ بنَفْسِ الدَّيْنِ يكونُ مُمْتَنِعًا، وَبِغَيْرِهِ يَسْتَدْعِي أنْ يكونَ مُسْتَحَقًّا، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ أنّ الحَوالةَ إسْقاطٌ للدَّينِ من ذِمّةِ المُحِيل، ويَدُلُّ على ذلِكَ حُكْمان:

الأوّل: صِحّةُ الحَوالةِ برَأْسِ مالِ السَّلَم، وَعِوَضِ الصَّرْفِ في مَجْلِسِ العَقْد، ولَوْ كانَتْ إسْقاطًا لانفَسَخَ العَقْد، كما لَوْ صَرَّحَ بالإبْراء.

الثّاني: صِحّةُ قَبُولِ الحَوالةِ من وَلِيِّ الطِّفْلِ بدَيْنِ الطِّفْل، ولَوْ كان ذَلِكَ إسْقاطًا لدَيْنِه لَما صَحّ، وإنْ كان في مُقابَلةِ مالٍ يَزِيدُ عليه، كما في إعتاقِ عَبْدِهِ وانتفاءِ المطالَبةِ بالدَّيْن، لَمْ يَكُنْ لسُقُوطِ الدَّيْنِ بَلْ لإلْحاقِ الأجَلِ بهِ فإنّهُ جائزٌ على أصْلِنا، وعِتْقُ المكاتَبِ أيضًا لَمْ يَكُنْ لسُقُوطِ نُجُومِ الكِتابةِ عنه، بَلْ لأنّها صارتْ بعَرَضِيّةِ السُّقُوطِ عَرَضِيّةً لازِمةً.

سَلَّمْنا أنّ قَبُولَ الحَوالةِ إسْقاطٌ للدَّيْنِ عَنْ ذِمّةِ المحِيل، لَكِنْ لا مُطْلَقًا، بَلْ بجِهةِ تَحْوِيلِهِ إلى ذِمّةِ المحالِ عليه، فإنّ لَفْظَ الحَوالةِ مُشْعِرٌ بذَلِك، والأصلُ العَمَلُ باللَّفْظِ فيما أشْعَرَ به.

= ٣٩٢٦. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال البيهقي رحمه الله: «قال الشافعي رحمه الله في القديم: ولم أعلم أحدًا روى هذا عن النبي ﷺ إلا عمرو بن شعيب، وعلى هذا فُتيا المفتين».
«السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب المكاتب، باب المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم، **٢١٦٣٩**.

وذلِكَ إنّما يُقْصَدُ في العُرْفِ لقُرْبِ مَقْصُودِ المحْتالِ من دَيْنِه، وسَلامَتِهِ عَنِ الفَوات، فإذا لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَقْصُودُه، ناسَبَ الرُّجُوعَ بجِهةِ التَّحْويلِ إلى ذِمّةِ المحِيلِ كَما كان بالعَكْس، دَفْعًا للضَّرَرِ عنهُ كَما لَوْ تَعَيَّبَ المبِيعُ قبلَ القَبْضِ، أوْ كان عَبْدًا فأبَق.

سلَّمْنا أنّهُ لا بجِهةِ التَّحْويل، لَكِنَّهُ لضَرُورةِ المعاوَضةِ بينَ الدَّيْنَيْن، وذلِكَ أنّ المحْتالَ يَمْلِكُ ما كان للْمُحِيلِ من الدَّيْنِ في ذِمّةِ المحالِ عَلَيْه، في مُقابَلةِ تَمَلُّكِ المحِيلِ للدَّيْنِ الثّابتِ في ذِمَّتِهِ للْمُحْتال.

ويَدُلُّ على المعاوَضةِ بينَ الدَّيْنَيْنِ اشْتِراطُ التَّساوِي بَيْنَهُما أجَلًا وحُلُولًا، وقَدْرًا وصِفةً، فإذا لَمْ يُسَلَّمْ للْمُحْتالِ العِوَضُ عَن دَيْنِهِ ناسَبَ الرُّجُوعَ إلى دَيْنِهِ أوَّلًا كَما في سائِرِ المعاوَضات.

سَلَّمْنا امتِناعَ المعاوَضةِ بَيْنَ الدَّيْنَيْن، وأنّ قَبُولَ الحَوالةِ إسقاطٌ للدَّيْنِ من ذِمّةِ المحِيل، لكِنْ لا مَجّانًا، بَلْ على أنْ يَحْصُلَ لَهُ عِوَضُهُ من الدَّيْنِ من المحالِ عَليه، فإذا لَمْ يَحْصُلْ ناسَبَ عَوْدَ دَيْنِهِ إلى ذِمّةِ المحِيل، دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْهُ المنْفيِّ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[1].

قَولُكُمْ: الإسْقاطُ غَيْرُ قابلٍ للْفَسْخ، ليسَ كَذَلِك.

وبيانه أنّهُما لَوْ تَوافَقا على فسْخِ الحَوالةِ فإنّها تَنْفَسِخ، وأنّهُ لَوْ جاءَ المحِيلُ بالدَّيْنِ إلى المحْتالِ لَزِمَهُ قَبُولُه، دَفْعًا للْعُهْدةِ عَنِ المحِيل، لا أنّهُ مُتَبَرِّعٌ بذَلِك، وَإلا لَما لَزِمَ القَبُولُ، وَلا عُهْدةَ في الحال، فكان لدَفْعِ عُهْدةٍ مُتَوَقَّعةٍ في المآل، وذَلِكَ إنّما يَكُونُ بالفَسْخ، وَخَرَجَ على ما ذكرناهُ ما إذا صَرَّحَ بالإسقاطِ مَجّانًا.

---

(١) تقدم تخريجه.

سلَّمْنا امتِناعَ قَبُولِ الحَوالةِ للْفَسْخِ مُطْلَقًا، ولَكِنْ من المناسِبِ الرُّجُوعُ إلى ما فاتَهُ بطَرِيقِ التَّضْمِين، دَفْعًا للضَّرَرِ عنه، كَما لَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ، أَوْ أعتقَ عَبْدَهُ على مالٍ مُعَيَّنٍ وتَعَذَّرَ عليهِ العِوَض، فإنّهُ يَرْجِعُ إلى مَهْرِ المِثْل، وَقِيمةِ العَبْد، حيثُ تَعَذَّرَ الرُّجوعُ إلى غيرِ الزَّوجةِ والعَبْد.

والجوابُ عن المنْع: ما سَبَق.

وعن الإلزام بالحُكْمِ الأوَّل: أنّ الفسخَ إنّما يكونُ بالإسقاطِ القوي عَنِ المالِ مُطلَقًا، ولا كَذَلِكَ فيما نَحْنُ فيه.

[٥٣/أ] **وعن الحُكْم الثّاني**: أنّ الإسقاطَ إنّما يَمْتَنِعُ مُطلَقًا، وأمّا إذا كان ذلِكَ في مُقابَلةِ ما هو أَخَصُّ للطِّفْلِ فلا، والإعتاقُ إنّما لَمْ يَصِحَّ على مالٍ؛ لجَوازِ أنْ يكونَ العَبْدُ أنْفعَ لَه، وقَدْ فاتَ على وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ عَوْدُهُ إليهِ مُطلَقًا بخِلافِ البَيْع.

وعَنْ تَخْرِيجِ الحُكْم الأوَّلِ من جانِبِنا: أنّهُ خِلافُ الإجماع، أمّا من جانِبِنا فظاهِر، وأمّا عِندَهُمْ فلِأنّ إلْحاقَ الأجَلِ بالدَّيْنِ لا بُدَّ وأن يكونَ مَعلُومَ الغايةِ والأجَلِ فيما نَحْنُ فيه غيرَ مَعْلُومِ الغاية.

وعن الحُكْم الثّانِي: أنّ عَرَضِيّةَ سُقُوطِ الحَقِّ الذي على المكاتَبِ المضْمُونِ أَتَمُّ؛ لتَمَكُّنِ مُطالَبةِ الغَرِيمِ بهِ للأصِيلِ والكَفيلِ بخِلافِ الحَوالة، ومع ذلِكَ فإنّهُ لا يَعْتِقُ المكاتَبُ بضَمانِ ما عليه.

وعن السُّؤالِ الثّاني: بمَنْعِ إشعارِ الحَوالةِ بالتَّحْوِيلِ، بَلْ بالإحالة، ومنهُ يُقال: اسْتَحالَ الشَّيْءُ؛ إذا تَغَيَّر، وأحالَهُ؛ إذا غَيَّرَه، وإنْ سَلَّمْنا الإشْعارَ بما ذكروه، غَيْرَ أنّا نَمْنَعُ تَصَوُّرَ تَحْوِيلِ الدَّيْنِ من ذِمّةِ المحِيل؛ لأنّ الدَّيْنَ صِفةٌ لِلْمَدْيُون، ولِهَذا اشْتُقَّ لَهُ من الدَّيْنِ اسْمُ المدْيُون، والصِّفةُ غيرُ قابِلةٍ للنَّقْلِ عَنْ مَحَلِّها، وإن كانَتْ قابِلةً للإزالةِ عنه.

وعن الثّالِث: أنّهُ يَلْزَمُ مِنهُ بَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، وهو حَرامٌ؛ لـ«نَهْيِهِ عليهِ السَّلام: عَنْ بَيْعِ الكالِئِ بالكالِئِ»[١].

وأنْ يُشْتَرَطَ فيه التَّقابُضُ في المجْلِس؛ لكَوْنِهِ عَقْدَ صَرْف، وذلِكَ خِلافُ الإجماع.

واشتِراطُ المساواةِ إنّما كان لأنّهُ لَيْسَ إسقاطًا مُطْلَقًا، بَلْ على مال، والطلاقُ والعِتقُ على مالٍ حيثُ لَمْ يُمْكِنِ اعتِبارُ المساواةِ فيه حَقِيقةً، كَما بَيْنَ الدَّيْنَيْنِ، جعل معرفةَ الحائزِ فيه مَوكولًا إلى نَظَرِ العاقدين.

وعمّا ذكروهُ من الحُكْمَينِ على جَوازِ فسْخِ الحَوالة: بمَنْعِها على أصْلِنا.

وعن السُّؤالِ الأخِير: بمَنْعِ المناسَبةِ فيما ذكروه؛ لما يَلْزَمُهُ من إضْرارِ المحِيل.

وإنْ سَلَّمْنا المناسَبةَ فلا يُمْكِنُ الاعتِبارُ بما ذكروه؛ فإنّ الرُّجوعَ بمَهْرِ المِثْل، وقِيمةِ العَبْدِ على الملْتَمِسِ الملْتَزِم، ولا يَلْزَمُ مِثْلُهُ فيما نَحْنُ فيه، مع أنّ المحِيلَ غيرُ مُلْتَزِمٍ لذَلِك.



(١) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٣٠٦٠. قال ابن حجر العسقلاني: «وقال: تفرَّد به موسى ابن عبيدة. وقال أحمد بن حنبل: لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضًا: ليس في هذا حديث يَصِحّ، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهِّنون هذا الحديث». «التلخيص الحبير»، ٣: ٦٢.

[مسائل الصلح]

[٥٤] ـ مسألة [الصّلح عن المدّعى به مع الإنكار]

الصُّلحُ عَنِ المدَّعَى بِهِ على عِوَضٍ مع الإنكارِ غَيْرُ صَحِيحٍ عِندَنا[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّهُ لَوْ صَحَّ إمّا أنْ يَصِحَّ بجِهةِ المعاوَضةِ، أوْ لا بجِهةِ [ب/٥٣] المعاوَضة، وهُما مُمْتَنِعان:

أمّا الأوّل: فلِأنّ المعاوَضةَ تَسْتَدْعِي استِحْقاقَ العِوَضِ من الجانِبَيْن، فالعِوَضُ من جانِبِ المدَّعِي إنْ كان غَيْرَ المدَّعَى بِهِ فهو خِلافُ الإجماع، وإنْ كان عَيْنَهُ فلا بُدَّ وأنْ يكونَ مُسْتَحَقًّا لَه، وإلا كان العِوَضُ والمعوَّضُ من جانِبِ المدَّعَى عليه، والأصلُ عَدَمُ استِحْقاقِهِ لَه.

وأمّا الثّانِي: فلِأنّ الصُّلحَ مع الإقرارِ مُعاوَضة، ويَلْزَمُ من ذلِكَ الاشتِراكُ والتَّجوُّزُ في لَفْظِ الصُّلْحِ ضرورةَ اتِّحادِهِ في الصُّورَتَيْن.

فَإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ امتِناعَ الصِّحّةِ بجِهةِ المعاوَضة، ولا نُسَلِّمُ أنّ المدَّعِي غيرُ مُسْتَحَقٍّ للْمُدَّعَى [بهِ] حَتَّى يَمْتَنِعَ جَعْلُهُ عِوَضًا في بابِ الصُّلْح، ودَلِيلُ استِحقاقِهِ لَهُ أمْران:

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٦٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٨٨.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣١٥. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٥٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٠٠.

الأوّل: أنّ إقْدامَ المدَّعَى عليهِ على الصُّلحِ دَلِيلُ طَلَبِ الفائدةِ منه، وذلِكَ مُتَوَقِّفٌ على صِحَّتِه، فإنّ ما لا يكونُ صَحِيحًا لا يكونُ مُفيدًا، والصِّحّةُ مُتَوَقِّفةٌ على المعاوضةِ المتَوَقِّفةِ على اسْتِلْحاقِ العِوَضِ من الجانِبَيْن.

الثّانِي: أنّ الدَّعْوَى ظاهِرةٌ في الصِّدْقِ جَرْيًا على مُقْتَضَى العَقْلِ والدِّين، ومُقْتَضَى ذلِكَ الحُكْمُ للْمُدَّعِي بالمِلْك؛ لقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «نَحْنُ نَحْكُمُ بالظّاهِرِ»[1].

غيرَ أنَّ الإنكارَ مُعارِضٌ للدَّعْوَى، فإنّهُ أيضًا دَلِيلُ ظُهُورِ الصِّدْقِ لما عُلِم.

وعندَ ذلِكَ تارةً نَقُول: الصِّدْقُ في الدَّعْوَى أظْهَرُ من الإنكار، وَإلا لَما أقْدَمَ المنْكِرُ على بَذْلِ المالِ المحْبُوبِ إلى الطِّباع، وعَدَلَ عَنِ اليَمِينِ الصّادِقةِ الَّتِي لا ضَرَرَ عَلَيْهِ فيها، فاحْتِمالُ الكَذِبِ في الإنكارِ يَكُونُ أظْهَرَ مِنِ احتمالِهِ في الدَّعْوَى، ومُقْتَضَى ذلِكَ ثُبُوتُ المِلْكِ للْمُدَّعِي.

وتارةً نَقُول: وإنْ كان الصِّدْقُ في الإنكارِ أظْهَر؛ لتَأْيِيدِهِ بالبَراءةِ الأصْلِيّةِ إنْ كان المدَّعَى بِهِ دَيْنًا، وَباليَدِ إنْ كان المدَّعَى بِهِ عَيْنًا، وبِعَدَمِ مُساعَدةِ الشُّهُودِ على الدَّعْوَى، والقُنْعِ من المنكِرِ بأدْنَى البَيِّنَتَيْن، غَيْرَ أنّ الشارعَ جَعَلَ للْمُدَّعِي بَدَلًا عَنِ المِلْكِ الذِي هو مُقْتَضَى الدَّعْوَى؛ حَذَرًا من إلْغاءِ الدَّعْوَى بالكُلِّيّة، فإنّهُ مَهْما تَعارَضَ دَلِيلانِ وَجَبَ العَمَلُ بكُلِّ واحِدٍ منهُما بأقْصَى الإمْكان.

---

(١) قال ابن كثير: «هذا الحديث كثيرًا ما يلهج به أهل الأصول، ولم أقف له على سند، وسألت عنه الحافظ أبا الحجاج المِزّي فلم يعرفه، لكن له معنى في الصحيح». «تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب» لابن كثير، ص١٤٦. وانظر أيضًا: «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٤: ٣٥٢.

واليَمِينُ حَقُّ المدَّعِي؛ لتَوَقُّفِها على طَلَبِه، ولِقَوْلِهِ عليهِ السَّلامُ لمُدَّعٍ: «لَكَ يَمِينُهُ»(١).

وإذا كانتْ حَقَّهُ فليسَتْ مَقصُودًا أَصْلِيًّا؛ لعَدَمِ التَّعَرُّضِ لَها في الدَّعْوَى، [أ/ ٥٤] وإلا(٢) لأنها وسيلةٌ إلى حَقِّه؛ لأنها قاطعةٌ له، ولَمْ يَبْقَ إلا أنْ تكونَ بَدَلًا لما يَحْصُلُ بسَبَبِها من التَّشَفِّي والانتِقام بالحَلِف؛ لتَعَرُّضِهِ بسَبَبِها إلى العِقابِ في زَعْمِ المدَّعِي، وبإقْدامِ المنكِرِ على بَذْلِ المالِ تَعَذَّرَ الوُصُولُ إلى البَدَل، فاقْتَضَى ذَلِكَ الرُّجُوعَ إلى المبْدَل؛ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنِ المعْصُومِ كَسائِرِ المعاوَضات.

سَلَّمْنا امْتِناعَ صِحَّتِهِ مُعاوَضةً من الجانِبَيْن، فلِمَ لا تَصِحُّ مُعاوَضةً من جانِبِ المدَّعِي، ومُفاداةً من جانِبِ المنكِر، تَصْدِيقًا لكُلِّ واحدٍ في دَعْواه، كَما لَوِ اشْتَرَى عبدًا شَهِدَ بحُرِّيَّتِه.

سلَّمْنا امتِناعَ تَصْحِيحِهِ بجِهةِ المعاوَضةِ مُطْلَقًا، ولَكِنْ لا نُسَلِّمُ امتِناعَ صِحَّتِه، لا بجِهةِ المعاوَضة، ولا نُسَلِّمُ أنّ الصُّلْحَ مع الإقْرارِ مُعاوَضةٌ ليَصِحَّ ما ذكرتُمُوه.

سلَّمْنا دَلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على امتِناعِ الصِّحّة، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨].

فَيَنْدَرِجُ فيه مَحَلُّ النِّزاع، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا لَما كان خَيْرًا.

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، ٢٦٦٩. «صحيح مسلم»، كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، ٢٢١. وهو عندهما بلفظ: «شاهِداكَ أو يَمينُه».

(٢) لعل بعدها سقطًا؛ لعدم استقامة الكلام، وليس في النسخة بياض يقتضي ذلك.

وَبِالمعْنَى: هو أنّ مَعْنَى صِحّةِ الصُّلْحِ سُقُوطُ الدَّعْوَى بما بَذَلَ المنْكِرُ؛ لأنّها إنْ كانَتْ كاذِبةً فظاهِرُهُ السُّقُوط، وإنْ كانَتْ صادِقةً فقَدِ اعتاضَ عَنْها.

والجوابُ عَنِ المنْعِ ما ذكَرْناه.

وعن الاحتِجاجِ الأوَّل: بمَنْعِ دَلالةِ إقْدامِهِ على قَصْدِ المعاوَضة، بَلْ إنّما كان ذلِكَ لدَفْعِ المنازَعةِ واليَمِينِ الصّادِقةِ عَنْ نَفْسِهِ كَما يَفْعَلُهُ المتَوَرِّعُون، وَيَجِبُ الحَمْلُ على ذَلِكَ؛ جَمْعًا بَيْنَهُ وبينَ ما ذكرناه، ظاهر صِدقه في إنكارِه.

وعن الثّانِي: بمَنْعِ تَرْجِيحِ ظُهُورِ الصِّدْقِ في الدَّعْوَى على ظُهُورِهِ في الإنكار، بدَلِيلِ ما ذكَرُوهُ في القِسْمِ الثّانِي.

وعَنْ قَوْلِهِمْ: إنّ اليَمِينَ بَدَلٌ عَنِ المدَّعَى به، أنّهُ لَوْ كان كذَلِكَ لَما جمع بينها وبَينَ المبْدَلِ بتَقْرِيرِ إقامةِ البَيِّنةِ بعدَ اليَمِين.

وعن الثّالِث: بمَنْعِ صِحَّتِهِ على ما ذكَرُوه، وكذَلِكَ شِراءُ العَبْدِ المشْهُودِ بحُرِّيَّتِه، بَلْ نَقُولُ: إنّهُ مُعاوَضةٌ من الجانِبَيْن، أوْ مُفاداةٌ من الجانِبَيْن.

وعن الرّابع: ثُبوتُ أحْكامِ المعاوَضةِ فيه من خِيارِ الشَّرْط، والحَلِفِ في الصِّفةِ والرَّدِّ بالعَيْب، وبِثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ فيما تَثْبُتُ فيه الشُّفْعة، واشتِراطِ التَّقابُضِ فيما يُشْتَرَطُ فيه التَّقابُض.

[ب/ ٥٤] **وعن الآية**: بوُجُوبِ حَمْلِها على الصُّلْحِ بالمعْنَى اللُّغَوِيّ، وهو تَرْكُ الخُصُومةِ والمنازَعة، جَمْعًا بيْنَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّلِيل.

وعن المعْنَى: أنّهُ صادِقٌ في دَعْواه، ولا نُسَلِّمُ أنَّهُ اعْتاضَ عَمّا بَذَلَهُ؛ لكَوْنِ المدَّعَى بِهِ مَلَكَهُ على ما عُرِفَ من أصْلِنا.

[مسائل الضمان]

[٥٥] ـ مسألة [الضّمان عن دين الميت المفلس]

إنشاءُ الضَّمانِ عَنْ دَيْنِ الميِّتِ المفْلِسِ الذِي لا كَفيلَ بهِ صَحِيحٌ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبي حَنِيفةَ[٢].

وأجْمَعْنا على صِحَّتِهِ فيما إذا كان بهِ ضامِنٌ في حالةِ الحَياة، وعلى صِحّةِ ضَمانِ دَيْنِ العَبْدِ المحْجُورِ عَلَيْه.

وإنّما قُلْنا ذَلِكَ لأنّ المقْتَضِي لصِحّةِ الضَّمانِ في الأُصُولِ المذْكُورةِ إمّا أنْ لا يَكُونَ مَوْجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ أوْ يَكُون.

والأوَّل: مُمْتَنِع؛ لما يَلْزَمُهُ من القُصُورِ في العِلّة، وهِيَ باطِلةٌ بالِاتِّفاق.

والثّانِي: يَلْزَمُ منهُ الحُكْم.

فإنْ قِيل: أمّا ما يَتَعَلَّقُ بالقُصُورِ فقَدْ سَبَقَ الكَلامُ عَلَيْهِ في مَسْألةِ زَكاةِ الصَّبيّ، وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الأصلِ في الفَرْع، لَكِنْ لا يَلْزَمُ منهُ صِحّةُ الضَّمانِ؛ لفَواتِ شَرْطِه.

وبيانُ فواتِ الشَّرْطِ هو: أنّ شَرْطَ صِحّةِ الضَّمانِ ثُبُوتُ الدَّيْنِ في ذِمّةِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٩٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٢٣. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٤٩. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٨٥.

الميِّتِ إجماعًا، وهو غيرُ ثابِت، وبيانُهُ من وَجْهَيْن:

الأوَّل: هو أنّ الدَّيْنَ عِبارةٌ عَنْ وُجُوبِ الأداء، وذلِكَ يَسْتَدْعِي القُدْرةَ عليه، ولا قُدْرةَ للْمَيِّتِ عليهِ فلا دَيْن.

وبيانُ أنّ الدَّيْنَ عِبارةٌ عَنْ وُجوبِ الأداء: أنّهُ مَوصُوفٌ بالوُجُوب، وهو من صِفاتِ الأفعالِ حقِيقةً، بخِلافِ اتِّصافِ المالِ بالوُجُوب، ولِهَذا يَصِحُّ أنْ يُقال: المالُ لَيْسَ بواجِب، وإنّما الواجِبُ الأداء، ولِأنّ المقصُودَ من الدَّينِ إنّما هو الوُصولُ إلى المال، وهو حاصِلٌ بوُجُوبِ الأداء، فلا حاجةَ إلى تَقْدِيرِ غَيْرِه.

الثّاني: وإنْ سَلَّمْنا أنّ الدَّيْنَ أمْرٌ مُقَدَّرٌ في الذِّمّة، إلا أنّ الميِّتَ لا ذِمّةَ لَهُ بَعْدَ الموْت؛ لأنّ الذِّمّةَ عِبارةٌ عَنْ مَعْنًى مُقَدَّر صالِحٍ للْإلْزامِ والِالتِزام، وذلِكَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ في حَقِّ الميِّتِ فلا دَين، وإذا خَلَّفَ تَرِكَةً أوْ كَفيلًا فمَعْنَى وُجُوبِ الدَّيْنِ عليهِ وُجُوبُهُ على مَنْ يُخَلِّصُهُ لا عَلَيْه، وهَذا هو مَعْنَى وُجوبِ الدَّيْنِ على الصَّبِيِّ والمجنون.

سلَّمْنا بَقاءَ الدَّيْنِ في ذِمّةِ الميِّت، غيرَ أنّ الضَّمانَ عِبارةٌ عَنْ تَحَمُّلِ المطالَبةِ بالدَّيْن، لا نَفْسُ تَحَمُّلِ الدَّين؛ لأنّ مَقصُودَ الضَّمانِ وهو تَقْرِيبُ حالِ المضمُونِ لَهُ من حُصُولِ حَقِّهِ حاصِلٌ بذَلِك، فلا حاجةَ إلى تَحَمُّلِ الدَّين، ولِأنّ تَحَمُّلَ الدَّينِ [أ/ ٥٥] يُفْضِي إلى تَعَدُّدِ الدَّيْن، والدّائِنُ لَمْ يَسْتَحِقَّ سِوَى دَيْنٍ واحِد، وإذا كان الضَّمانُ عِبارةً عَنْ تَحَمُّلِ المطالَبةِ بالدَّين، فشَرْطُهُ كَوْنُ المتَحَمَّلِ عنهُ مُطالَبًا بالدَّيْن، والميِّتُ غيرُ مُطالَبٍ إجماعًا.

والجوابُ عَمّا يَتَعَلَّقُ بالقُصُور: ما سَبَقَ أيْضًا في مَسْألةِ زَكاةِ الصَّبِيّ.

وعن السُّؤالِ الثّانِي: بمَنْعِ فواتِ الشَّرْط، فإنّ الدَّيْنَ كان ثابِتًا قَبْلَ الموْتِ في ذِمّةِ المدْيُون، والأصلُ بقاءُ ما كان.

وما ذَكرُوهُ من الوَجْهِ الأوَّل: فهو باطِلٌ بالدَّيْنِ المؤَجَّل، ودَيْنِ العَبْدِ المحْجُورِ عليه، فإنّهُ ثابِتٌ مع انتِفاءِ وُجوبِ الأداء.

وما ذكرُوهُ من الوَجْهِ الثّانِي: فيَلْزَمُ عليهِ بَقاءُ الدَّيْنِ فيما إذا كان بهِ كَفيلٌ أوْ خَلَّفَ تَرِكةً، وهو إمّا أن يكونَ مُتَعَلِّقًا بالذِّمّةِ فيَلْزَمَ منهُ أنْ يكونَ للْمَيِّتِ ذِمّةٌ بغَيْرِ المعْنَى الذِي ذكرُوه، وإنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بالذِّمّةِ فلا أثَرَ لفَواتِ الذِّمّةِ في نَفْيِ الدَّيْن.

وعن السُّؤالِ الأخِير: أنّهُ باطِلٌ بصِحّةِ ضَمانِ دَيْنِ العَبدِ المحْجُورِ عليه، والدَّينِ المؤَجَّل، وضمانِ دَيْنِ الميِّتِ إذا كان لَهُ تَرِكة، مع عَدَمِ تَوَجُّهِ المطالَبةِ نَحْوَ المضْمُونِ عَنْه.



[مسائل الحجر]

[٥٦] ـ مسألة [تصرّفات السّفيه المبذّر]

السَّفيهُ المبَذِّرُ ـ وهو مَنْ ظَهَرَ من عادَتِهِ صَرْفُ المالِ في غَيْرِ مَصْلَحةٍ عاجِلةٍ ولا آجِلةٍ ـ لا يَصِحُّ تَصرُّفُهُ في المال، سَواءً بَلَغَ سَفيهًا أوْ عادَ السَّفَهُ بعدَ البُلُوغِ عندنا[١]، خِلافًا لأبِي حنِيفةَ[٢].

وأجْمَعْنا على مَنْعِ المالِ منهُ إلى خَمْسٍ وعِشرِينَ سَنةً.

ودلِيلُنا في المسألةِ أنّ القولَ بصِحّةِ تَصرُّفِهِ يَلْزَمُ منهُ أمْرٌ مُمْتَنِعٌ فيَمْتَنِع.

وبيان ذلك أنّهُ لَوْ صَحَّ تَصرُّفُهُ لَكان مُعَلَّلًا بما اشْتَمَلَ عليهِ التَّصرُّفُ المشْتَرَكُ بينَ السَّفيه والرَّشِيد.

ويَلْزَمُ مِنِ استِقْلالِهِ بالصِّحّةِ في الفَرْعِ استِقْلالُهُ في الأصل، ويَلْزَمُ من ذلِكَ إلغاءُ ما اخْتَصَّ بهِ الرَّشِيدُ من كَمالِ التَّصرُّف، ورِعايةِ وُجُوهِ المصالِحِ والمفاسِد، مع مُناسَبةِ ذلِكَ للصِّحّةِ وقِرانِ الحُكْمِ به، وهو مُمْتَنِع، وكلُّ ما قِيلَ من الاعتِراضِ الخاصِّ بهَذا النَّوعِ من الدَّلِيلِ والانفِصالِ عنه فهو مُتَّجِهٌ هاهُنا.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ١: ٥٦٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٨٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣١٠. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦١٨.

ونَخُصُّهُ هاهُنا بالمعارَضةِ بما رُوِيَ أنّ أهْلَ حَبّانَ بْنِ مُنْقِذٍ[1] شَكَوا إلى النَّبِيِّ ﷺ حِرْصَ حَبّانَ على البِياعاتِ مع الغَبْنِ دائِمًا، وسَألُوهُ الحَجْرَ عليه، فلَمْ يُجِبْ إلى ذَلِك، بَلْ عَلَّمَهُ حِيلةً لدَفْعِ الغَبْنِ بأنْ قالَ لَه: «إذا ابْتَعْتَ فقُلْ: لا خِلابة، وَلِيَ الخِيارُ ثَلاثةَ أيّامٍ»[2].

[ب/ ٥٥] ولَوْ كان الحَجْرُ مَشْرُوعًا لَحَجَرَ عَليهِ في مَساسِ الحاجةِ إلَيْه.

وجوابُهُ بمُعارَضَتِهِ بالنَّصِّ والإجماع:

أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ تَعالَى: ﴿**فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فَدَلَّ على كَوْنِ السَّفيه مُولًّى عليه؛ لأنّ الظاهِرَ عَوْدُ الضَّميرِ إلى جُمْلةِ المذكُورِين، ولا مَعْنَى لكَوْنِهِ مُولًّى عليهِ سِوَى كَوْنِهِ مَحْجُورًا عليهِ في التَّصرُّف.

وأمّا الإجماعُ فما رُوِيَ أنّ عَلِيًّا سَألَ عثمانَ الحَجْرَ على عبدِ اللهِ بنِ جَعفَر، وقَدِ اشتَرَى دارًا بأرْبَعِينَ ألْفَ درهم، فشارَكَ عبدُ اللهِ بْنُ جعفرٍ الزُّبَيْرَ بنَ العَوّامِ في الشِّراء، فقالَ عثمان: كيفَ أحْجُرُ على مَنْ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرُ بْنُ العَوّامِ[3].

---

(١) عن ابن عمر كان حبّان بن منقذ رجلًا ضعيفًا، وكان قد سقع في رأسه مأمومة، فجعل النبي ﷺ له الخيار فيما اشترى ثلاثًا، وكان قد ثقل لسانه، فقال له النبي ﷺ: «بِع وقل: لا خلابة». قال: فكنت أسمعه يقول: لا حيابة، لا خيابة. «الإصابة في تمييز الصحابة» لابن حجر، ٢: ١٠.

(٢) «صحيح البخاري»، كتاب الخصومات، باب من ردَّ أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام، ٢٤١٤. «صحيح مسلم»، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، ١٥٣٣. «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٣٠١١.

(٣) «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الحجر، باب الحجر على البالغين بالسَّفَه، ١١٣٣٦. قال ابن حجر العسقلاني: «قال البيهقي: يقال: إن أبا يوسف تفرَّد به وليس كذلك، ثم أخرجه من طريق الزبيري المدني القاضي عن هشام نحوه». «التلخيص الحبير»، ٣: ٩٦.

لِأنّ الزُّبَيْرَ كان مَعرُوفًا بالهِدايةِ في التِّجارة.

وَوَجْهُ الِاحْتِجاجِ به: أنّ عَلِيًّا طَلَبَ الحَجْرَ وَلَمْ يُنكِرْ عَليهِ مُنْكِر، فكان الحَجْرُ مَشْرُوعًا بالإجْماع، وعثمانُ لَمْ يُنكِرْ طَلَبَ الحَجْر، بَلْ عَلَّلَ نَفْيَ الحَجْرِ بمُشارَكةِ الزُّبَيْر، ولَوْ لَمْ يَكُنِ الحَجْرُ مَشْرُوعًا لَعَلَّلَ الِامتِناعَ عَنِ الحَجْرِ عليهِ بعَدَمِ مَشرُوعِيّةِ الحَجْر، لا بما عَلَّل، ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناه.



مسائل الوكالة

[٥٧] ـ مسألة [الوكيل بالبيع المطلق]

الوَكِيلُ بالبَيع المطْلَقِ إذا باعَ بالغَبْنِ الفاحِش، أوْ بالعَرْض، أوْ بالنَّسِيئة، أوْ بثَمَنِ المِثْلِ بحَضْرةِ مَنْ يَرْغَبُ فيه بأكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ لا يَصِحُّ البَيْعُ عِندنا في جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ[1]، خِلافًا لأبِي حَنِيفةَ[2].

وأجْمَعْنـا على أنّهُ لَوْ باعَ بالغَبْنِ الفاحِشِ من أبِيـه، أوِ ابْنِـه، أوْ صَدِيقِـهِ الصَّدُوق، أوْ بثَمَنِ المِثْلِ من وَلَدِهِ الطِّفْلِ أنّهُ لا يَصِحّ.

ودلِيلُنا في المسألة: أنّ الأصلَ عَدَمُ فارِقٍ بينَ مَحَلِّ النِّزاعِ وما إذا باعَ من وَلَـدِهِ الطِّفلِ سِوَى وَهْمِ الغَبْـنِ في الأصلِ وَتَيَقُّنِهِ في الفَرْع، وَوَهْمُ الغَبْنِ إنْ كان هو المانِعَ في الأصلِ فتيَقُّنُهُ في الفَرْعِ أوْلَى أنْ يكونَ مانِعًا، ومع انتِفاءِ أثَرِ الفارِقِ يَلْزَمُ الِاشتِراكُ في امتِناعِ الصِّحّة.

فإنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ انتِفاءَ الفارِق، وبَيانُهُ من وَجْهَيْن:

الأوَّل: هو أنّ الولدَ جُزْءٌ من الوالِدِ على ما سَبَقَ في مَسائِلِ الرَّدِّ بالعَيْب، فكان في الأصلِ بائِعًا من نَفْسِهِ من وَجْه، وبَيْعُ الوكِيلِ من نَفْسِهِ باطِلٌ بالإجماع، ولا كذلِكَ في الفَرْع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٢، ٢٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤١١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٣٥.

[أ/٥٦] **الثّانِي**: هو أنّ ضابِطَ وَهْمِ الغَبْنِ في الأصلِ كَوْنُهُ بائِعًا من وَلَدِهِ الطِّفل، وهو مُناسِبٌ لنَفْيِ الصِّحّة، وهو غيرُ مَوجُودٍ في الفَرْع.

سلَّمْنا دَلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على نَفْيِ الصِّحّة، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فَإِنّهُ يَدُلُّ على صِحّةِ كُلِّ بَيْع، على ما سَبَقَ في بَيْعِ الغائِب، وما نَحْنُ فيه بَيْعٌ فكان مُنْدَرِجًا تَحْتَه.

وبيانُ أنّهُ بَيْع: أنّهُ يُسَمَّى بَيْعًا، والأصلُ في الإطلاقِ الحَقِيقة، وأنّهُ لَوْ حَلَفَ أنْ لا يَبِيعَ فباعَ بالغَبْنِ الفاحِشِ حَنَثَ في يَمِينِه، وأنّهُ يَثْبُتُ فيه حَقُّ الشُّفْعةِ إذا كان المبِيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا.

والجوابُ عن الفارِقِ الأوَّل: بمَنْعِ كَوْنِ الوَلَدِ جُزْءًا من الوالِد بما سَبَقَ في تِلكَ المسائِلِ المتقدِّمة، وتَقدِيرُ التَّسلِيمِ فهو باطِلٌ بما لَوْ باعَ من وَلَدِهِ البائِعِ بثَمَنِ المِثْل، فإنّهُ يَصِحُّ بالإجْماع.

وعن الثّانِي: هو أنّ المقصُودَ من التَّعلِيلِ بالضَّوابِطِ إنّما هو الحُكْمُ المسْتَلْزِمُ لَها، وإذا كانَتِ الحِكْمةُ المانِعةُ في الأصلِ وَهْمَ الغَبْن، وكانَتْ مُنْتَفيةَ الوُجودِ في الفَرْعِ مع الزِّيادة، وهِيَ الغَبْنُ الفاحِشُ؛ لَزِمَ أن تكونَ مانِعةً، وإنْ تَجَرَّدَتْ عَنِ الضّابِطِ في الأصْلِ وإلا كان ذَلِكَ إلْغاءً لما ثَبَتَ كَوْنُهُ مَقْصُودًا للشّارِعِ من نَفْيِ الصِّحّةِ مع تَيَقُّنِ وُجُودِه، وهو مُمْتَنِع.

وهذا بخِلافِ ما إذا كانَتِ الحِكْمةُ خَفيّةً غيرَ مُنْتَفيةِ الوُجُود.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ: ما سَبَقَ في بَيْعِ الغائِب.



[٥٨] ـ مسألة [الوكيل بالخصومة]

الوَكِيلُ بالخُصُومةِ لا يَصِحُّ إقرارُهُ عِندَنا مُطْلَقًا[١]، خِلافًا لأبِي حَنِيفةَ فيما إذا أقَرَّ في مَجْلِسِ الحُكْمِ[٢].

وأجمَعْنا على أنّهُ لا يَصِحُّ إقرارُهُ بالحدِّ والقِصاصِ إذا كان مُوَكَّلًا بالخُصُومةِ فيه من جانِبِ المدَّعَى عليه.

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ اعتِبارَ الإقرارِ مُتَوَقِّفٌ على التَّوكِيلِ فيه، ولا تَوْكِيلَ فيه، فلا اعتِبارَ لَه.

أمّا الأوَّل: فبالإجماع.

وأمّا الثّانِي: فلِأنّ لَفْظَ الخصومةِ مُشْعِرٌ بالمنازَعةِ والمدافَعة، والإقرارُ مُشْعِرٌ بالمسالمةِ والموافَقة، واللَّفظُ المشْعِرُ بأحَدِ المتَضادَّينِ لا يَكونُ مُشْعِرًا بالإقرارِ والإنكار، ولِهَذا فإنّ مَنْ تَصَدَّى للجوابِ يُسَمَّى خَصْمًا وَإنْ أقَرَّ، والخَصْمُ مُشْتَقٌّ من الخُصُومة، ولَوْلا أنّ الجوابَ خُصُومةٌ لَما صَحَّ اشتِقاقُ الخَصْمِ منه.

سَلَّمْنا أنّ لَفظَ الخُصُومةِ حَقِيقةٌ في المنازَعةِ لا غَيْر، غَيْرَ أنّهُ أمْكَنَ إطلاقُ الخُصُومةِ وإرادة:

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٠٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٣٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٤١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٧٧.

إمّا مُطْلَقِ الجوابِ تَجَوُّزًا من حيثُ إنّ الخصومةَ سَبَبٌ داعٍ إلى الجواب، والتَّعْبيرُ باسْمِ السَّببِ عَنِ المسَبَّبِ جائِزٌ تَجَوُّزًا، كَما في قَوْلِهِ تَعالَى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ﴾ [الشورى: ٤٠]، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الجَزاءُ سَيِّئَةً في الحقِيقة. [ب/٥٦]

وإمّا من جِهةِ حَذْفِ المضاف، وهو الجَواب، وإقامةِ المضافِ إليهِ ـ وهو الخُصُومةُ ـ مُقامَه، كَما في قَوْلِهِ تَعالى: ﴿ وَسۡـَٔلِ ٱلۡقَرۡيَةَ ﴾ [يوسف: ٨٢].

ومع صِحّةِ التَّجَوُّزِ بذَلِكَ فقَدِ اقْتَرَنَ بِهِ ما يَدُلُّ على إرادةِ جِهةِ المجاز، وهو ما يُفْضِي إليهِ من صِحّةِ التَّوكِيلِ المُفْضِي إلى المقصُودِ قَطْعًا، بخِلافِ حَمْلِهِ على جِهةِ الحَقِيقة؛ لاحتِمالِ أنْ لا يكونَ مُحِقًّا في الإنكار.

ولِما فيه من مُوافَقةِ تَصَرُّفِ الوَكِيلِ الذِي أقامَهُ الموَكِّلُ مُقامَ نَفْسِه، ولِأنّهُ يَصِحُّ استِثْناءُ الإقرارِ في قَوْلِه: وَكَّلْتُ في الخُصومةِ دُونَ الإقْرار، ولَوْ كان لَفْظُ الخُصومةِ مَحْمُولًا على حَقِيقَتِهِ لَكان الِاستِثْناءُ من غَيْرِ الجِنْس، وهو باطِل.

ولِأنّ القاضِيَ لا يَأْمُرُهُ بغَيْرِ الجَواب، ولَوْ كان مُوَكَّلًا في الإنكارِ لَأمَرَهُ بهِ دُونَ غَيْرِه، ولَمّا كان صَرْفُ التَّوكِيلِ في الخُصومةِ إلى مُطْلَقِ الجَوابِ بضَرْبٍ من الِاجتِهاد، وهو لا يَعْرَى عن نَوعِ شُبْهةٍ لَمْ يَصِحَّ إقرارُهُ بالقِصاصِ وحَدِّ القَذْف، وإنّما لَمْ يَصِحَّ إقرارُهُ في غيرِ مَجلِسِ الحُكْم؛ لأنّهُ إنّما وَكَّلَهُ في جوابٍ نافِع، والخارِجُ عَنْ مَجْلِسِ الحُكْمِ غيرُ نافِع، على أنّ فيه مَنْعًا على مَذْهَبِ أبِي يوسفَ[1].

والجوابُ عن المنْع: ما سَبَق.

---

(١) قال الكاساني: «ثم اختلف أصحابُنا الثلاثةُ فيما بينهم، قال أبو حنيفة ومحمد: يصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره، وقال أبو يوسف: يصح فيه وفي غيره». «بدائع الصنائع»، ٦: ٢٤.

والمقِرُّ إنّما سُمِّيَ خَصْمًا باعتِبارِ ما يَؤُولُ إلَيْهِ حالُ المدَّعَى عليهِ من الإنكارِ غالِبًا، كَما في تَسْمِيةِ العَصِيرِ خَمْرًا، باعتِبارِ ما يَؤُولُ إليهِ من مُطلَقِ الجَواب.

وعن السُّؤالِ الثّاني: بمَنْع صِحّةِ التَّجَوُّز بلَفْظِ الخُصُومةِ عَنْ مُطْلَقِ الجَواب، بناءً على ما ذكرُوه، ولِهَذا فإنّهُ لا يَصِحُّ إطلاقُ لَفْظِ الشَّبَكةِ على الصَّيد، والشَّجَرةِ على الثَّمَرة، وإنْ كانتِ الشَّبَكةُ والشَّجَرةُ سَبَبًا في الصَّيْدِ والثَّمَرة، ولا يَصِحُّ أنْ يُقالَ: ماتَ زَيْد، ويُرادَ بهِ غُلامُه، بطَرِيقِ حَذْفِ المضافِ وَإقامةِ المضافِ إلَيْهِ مَقامَه.

وإنْ سَلَّمْنا صِحّةَ التَّجَوُّزِ في هاتَيْنِ الجِهَتَيْن، إلا أنّهُ مُتَعَذِّرٌ فيما نَحْنُ فيه لوَجْهَيْن:

الأوَّل: أنّ التَّوكِيلَ إنّما وَقَعَ في الخُصُومةِ المضافةِ إلى نَفْسِه، حيثُ قالَ: وَكَّلْتُكَ في خُصُومَتِي، وخُصُومَتُهُ لَيْسَتْ سَبَبًا لجَوابِ نَفْسِه، بَلْ لجَوابِ خَصْمِه، فلا يَصِحُّ التَّجَوُّزُ بخُصُومَتِهِ عَن جَوابِه.

الثّانِي: أنّهُ إذا ثَبَتَ أنّ لَفْظَ الخُصومةِ حَقِيقةٌ في الإنكار، فالتَّجَوُّزُ بهِ عَنْ مُطْلَقِ الجَوابِ إنْ لَمْ يَدْخُل فيه الإنكارُ كان على خِلافِ الإجماع، وإنْ دَخَلَ [أ/ ٥٧] فيه ففيه حَمْلُ اللَّفْظِ على حَقِيقَتِهِ وَمَجازِهِ مَعًا ولَمْ يَقُولُوا به، سَلَّمْنا صِحّةَ التَّجَوُّز، ولَكِنْ لا نُسَلِّمُ وُجودَ دَلِيلِ إرادةِ جِهةِ المجاز.

وما ذكروهُ في الوَجْهِ الأوَّل: فهو مَمْنُوعٌ؛ لأنّ الجوابَ لا يَعْرَى عن الإقرارِ أوِ الإنكار، وَأيُّهُما كان أمْكَنَ أنْ لا يَكُونَ فيه مُحِقًّا، فلا يَكُونُ التَّوْكِيلُ فيه مُفْضِيًا إلى المقصُودِ قَطْعًا.

وأمّا الوَجْهُ الثّانِي: فهو مُعارَضٌ بالبَراءةِ الأصلِيّةِ إنْ كان المدَّعَى بِهِ عَيْنًا،

وأنّهُ لَوْ كان الموَكِّلُ قاصِدًا للتَّوْكِيلِ في الإقرارِ لَأقَرَّ بنَفْسِه؛ ـ إذْ لا حَرَجَ عليهِ فيه ـ دافِعًا عَنْ نَفْسِهِ ضَرَرَ فواتِ المالِ المحْبُوبِ إليه، إنْ كان الوَكِيلُ بأُجْرة، وضررُ لُزُومِ المِنّةِ إنْ كان بغَيْرِ أُجْرة.

وأمّا الوَجْهُ الثّالِث: لا نُسَلِّمُ أنّ قَوْلَه: وَكَّلْتُ في الخُصُومةِ دُونَ الإقْرارِ؛ استِثْناء، كَما لَوْ قال: أعْطِ هَذا الدِّرْهَمَ لزَيْدٍ دُونَ عَمْرٍو، حتَّى إنّهُ لَوْ قال: وَكَّلْتُكَ في الخُصُومةِ لا في الإقْرار، لا يَصِحّ.

وأمّا الوَجْهُ الرّابع: فهو باطِلٌ بوَلِيِّ الطِّفْلِ والوَكِيلِ في الخُصومةِ في القِصاصِ من جانِبِ المدَّعَى عليه؛ فإنّ الإنكارَ مُتَعَيِّنٌ عليه، ومع ذَلِكَ فإنّ القاضِيَ لا يَأْمُرُهُ بالإنكار، بَلْ بمُطْلَقِ الجَواب.



[٥٩] ـ مسألة [التوكيل في الخصومة]

التَّوكِيلُ في الخُصومةِ دَعْوى وَإنكارًا صَحِيحٌ عِندَنا دُونَ رِضَى الخَصْمِ(١)، خِلافًا لأبي حنِيفةَ(٢).

وأجمَعْنا على صِحّةِ التَّوكِيلِ فيما إذا كان الموَكِّلُ غائِبًا، أَوْ عازِمًا على السَّفَر، أَوْ مَرِيضًا، أَوْ مُخَدَّرةً.

وإنّما قُلْنا ذَلِكَ لأنّهُ لَوِ اعْتُبِرَ رِضًى مُؤَثِّرًا نَفْيُهُ في نَفْيِ الصِّحّةِ لَما ثَبَتَتِ الصِّحّةُ دُونَهُ في مَواقِعِ الإجْماع، أَوْ كان ثُبُوتُها على خِلافِ الدَّلِيل، وكُلُّ واحِدٍ من الأمْرَيْنِ مُمْتَنِع.

فإنْ قِيل: إنّما يَلْزَمُ مِنِ اعتِبارِ الرِّضَى في مَحَلِّ النِّزاع انتِفاءُ الصِّحّةِ في مَحَلِّ الإجْماع لعَدَمِهِ أنْ لَوْ كان مُعْتَبَرًا شَرْطًا، وأمّا إذا كان جُزْءًا من أجْزاءِ السَّبَبِ الذِي لا وُجودَ للصِّحّةِ في الفَرْع بدُونِهِ فلا، فإنّهُ مالَه؛ لا يَلْزَمُ مِنِ انتِفاءِ سَبَبِ الصِّحّةِ في صُورةٍ انتِفاؤُهُ في غَيْرِها.

سَلَّمْنا اعتِبارَهُ شَرْطًا، لَكِنْ يَلْزَمُ من نَفْيِهِ نَفْيُ الصِّحّةِ في مَحَلِّ الإجماعِ أنْ لَوْ لَمْ يَتَرَجَّحْ عليهِ المقْتَضِي للصِّحّة، وأمّا إذا تَرَجَّحَ فلا.

وبيانُ تَرَجُّحِ المقْتَضِي وهو القَدْرُ الجامِعُ بينَ الأصلِ والفَرعِ من التَّوكِيلِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٠٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٣٠. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٤٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٧٩.

[ب/ ٥٧] الصّادِرِ من الأَهْلِ في المحَلِّ بما اقْتَرَنَ بِهِ من دَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ المسافِرِ والمرِيضِ بإلْزامِهِ بالحُضُور، وعن المخَدَّرةِ بالخُرُوجِ والبُرُوزِ وَهَتْكِ الحُرْمة، وعَنِ العازِمِ على السَّفَرِ بفَواتِ مَقْصُودِهِ من السَّفَر، ولَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ في مَحَلِّ النِّزاع.

والجوابُ عن الأَوَّل: أنّ السَّبَبَ عِبارةٌ عَمّا يَلْزَمُ من وُجُودِهِ وُجودُ الحُكْمِ ظاهِرًا، لا ما يَلْزَمُ من نَفْيِهِ نَفْيُ الحُكْمِ[١]، والشَّرْطَ بضِدِّهِ[٢].

وعلى هَذا فلَوِ انْتَفَتِ الصِّحّةُ لفَواتِ الرِّضَى، فيَجِبُ أنْ يُعْتَقَدَ كَوْنُهُ شَرْطًا لا سَبَبًا، ولا داخِلًا في السَّبَب.

كيفَ وَأنّهُ يَلْزَمُ من نَفْيِ الصِّحّةِ لفَواتِ الرِّضَى بجِهةِ الِاشتِراطِ أنْ تكونَ عِلّةُ الأصلِ مَوجُودةً في الفَرْع، وأنْ تكونَ مُتَعَدِّيةً لاسْتِحالةِ اختِصاصِ الفَرْعِ بمَعْنًى لا وُجودَ لَهُ في الأصْل، لَهُ مَدْخَلٌ في اقتِضاءِ الصِّحّة؟

وعن الثّانِي: أنّهُ مُقَرَّرٌ لما ذكرناهُ من مُخالَفةِ الدَّلِيل، وهو على خِلافِ الأصْل، وإذا ثَبَتَ أنّ كُلَّ واحِدٍ من اللازِمَيْنِ مُمْتَنِع، فالملْزُومُ - وهو اعتِبارُ اشتِراطِ الرِّضَى - يكونُ مُمْتَنِعًا.



---

(١) السبب هو ما يلزم من عدمه العدمُ، ويلزم من وجوده الوجود لذاته، فهو مؤثِّر في حالة النفي والإثبات. «العقد المنظوم في الخصوص والعموم» للقرافي، ٢: ٢٥٧.

(٢) الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، فتأثيره في حالة النفي لا غير، مثاله الطهارة شرط للصلاة، قال الآمدي: «الشرط غير مؤثِّر في المشروط بحيث يلزم من وجوده، بل إنما تأثيره في انتفاء المشروط عند انتفائه». «الإحكام» للآمدي، ٢: ١٦٢.

مسائل الإقرار

[٦٠] ـ مسألة [المقرّ في مرض الموت بدينه]

إذا أقَرَّ في مَرَضِ موته بدَينٍ مَسبُوقٍ بدَينٍ في الصِّحّةِ يُسَوَّى بينَ الدَّينَينِ عندنا[(١)] على قَدْرِ الحِصَصِ، خِلافًا لَهُمْ، فإنّهُمْ قالُوا: يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحّة، فما فضَلَ عنهُ يُصْرَفُ إلى دَيْنِ المرَضِ[(٢)].

وأجْمَعْنا على التَّسْوِيةِ بينَ دَيْنِ المرَضِ بالبَيِّنةِ ودَيْنِ الصِّحّة.

ودلِيلُنا أنّ المقْتَضِي للتَّسوِيةِ في مَحَلِّ الإجماعِ إمّا أنْ لا يكونَ مَوجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ أوْ يَكون.

والأوَّل: يَلْزَمُ مِنهُ القُصورُ في العِلّة، وهِيَ باطِلة.

والثّانِي: يَلْزَمُ مِنهُ التَّسوِيةُ في مَحَلِّ النِّزاع.

وما يَخْتَصُّ بهذا الدليلِ من الاعتِراضاتِ على قُصورِ العلةِ فقد سَبَقَ تقرِيرُها والانفِصالُ عنها في مسألةِ زكاةِ الصَّبِيّ.

وبِتَقدِيرِ تَسْلِيمِ وُجودِ عِلّةِ التَّسوِيةِ في الفَرْعِ فالتَّسْوِيةُ لازِمة، لتَعَذُّرِ بَيانِ ما يُعارِضُها في الفرع، واللهُ أعلم.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٧٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤١٨.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٠. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٣٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٧٢.

[٦١] ـ مسألة [المقرّ في مرض موته لوارث]

إقرارُ المريضِ في مَرَضِ موتِهِ لبَعضٍ مَن يَرِثُهُ عندَ الموتِ صحيحٌ عندنا[١] على القَولِ المنصُورِ في الخِلافِ[٢]، وسواءٌ كان المقَرُّ لَهُ عندَ الإقرارِ من أهْلِ الوِراثةِ أوْ لَمْ يَكُنْ، والقَولُ الثّانِي[٣] ـ وهو مَذهبُ أبِي حنيفةَ ـ : أنّهُ لا يَصِحُّ [أ/٥٨] دُونَ تَنفيذِ الباقِينَ[٤].

وأجمَعْنا على صِحّةِ إقرارِهِ في الصِّحّة، وعلى صحّةِ إقراره للأجانِب.

ودليلُنا في المسألةِ تَحْرِيرًا، وتَقْرِيرًا، واعتِراضًا، وانفِصالًا، كما سَبَقَ في المسألةِ التِي قَبلَها.



---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٦٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٢٠.

(٢) قال العمراني: «قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: وهو الأصح؛ لأنه يصح إقراره بوارث، فصحَّ إقراره للوارث؛ كالصحيح، ولأنه يصح إقراره لغير الوارث فصح إقراره للوارث؛ كالأجنبي». «البيان» للعمراني، ١٣: ٤٢١.

(٣) قال العمراني: «واختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال: فيه قولان؛ أحدهما: لا يصح...». «البيان» للعمراني، ١٣: ٤٢١.

(٤) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٣٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٧٤.

[مسائل العارية]

[٦٢] ـ مسألة [العارية مضمونة العين]

العاريةُ مَضْمُونةُ العَيْنِ عندنا[1] خِلافًا لَهُمْ، فإنّهُمْ قالُوا: إذا تَلِفَتْ في يَدِ المسْتَعِيرِ من غَيرِ تَقْصِيرٍ لا يَضْمَنُ[2].

وأجمَعْنا على وُجوبِ الضَّمانِ إذا اشتُرط الضمان، وعلى وُجوبِ ضمانِ الرَّدِّ على المسْتَعِير، وهو ما يُحتاجُ إلَيهِ في الرَّدِّ من المؤْنة، وأنّهُ لا يَجِبُ ضَمانُ ما اسْتُحِقَّ من الأجزاءِ بالِاستِعمال، ولا ضمانُ المنافِع.

ودليلُنا في المسْألة: هو أنَّ ضَمانَ العَيْنِ لَزِمَ [منه] ضمان الرَّدّ، وقَدْ ثَبَتَ ضَمانُ الرَّدِّ فيَثْبُتُ ضمانُ العَيْن.

وبيانُ الملازَمة: إجماعُنا على أنّ كُلَّ يَدٍ ثَبَتَ معها ضمانُ الرَّدِّ يَثْبُتُ معها ضمانُ العَيْن، وكذلِكَ بالعكس، كالغصب، والسَّرِقة، ويَدِ السَّوْمِ وغيرِه، وأنّ كُلَّ يَدٍ انتَفَى معها ضَمانُ الرَّدِّ انْتَفَى معها ضمانُ العَيْن، وكَذا بالعَكْس، كَيَدِ الوَدِيعة، والإجارة، والوَكِيلِ بغيرِ أُجْرة، وغيرِ ذلِكَ من أيْدِي الأمانات.

ومع ثُبُوتِ الملازمةِ طَرْدًا وعَكْسًا فلا يَخْفَى لُزُومُ وُجُودِ كُلِّ واحِدٍ مِنهُما

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤١٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٢. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٠٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤٠١.

من وُجودِ الآخَر، وقَدْ أجْمَعْنا على وُجوبِ ضمانِ الرَّدِّ فلْيَجِبْ ضَمانُ العَيْن.

فإنْ قِيل: إنّما يَلْزَمُ أحَدُ الأمْرَيْنِ من وُجودِ الآخَرِ في الفَرْعِ أنْ لَوْ كان المقْتَضِي للْمُلازمةِ بَينهُما في الأصولِ المذكُورةِ مُتَحَقِّقًا في الفَرعِ، والأصلُ عَدَمُه.

ودليلُ عَدَمِهِ تَفْصِيلًا: هو أنّا حَيثُ تَوافَقْنا على الملازَمةِ بَينَهُما إنّما كان حيثُ كانَتْ يَدُ الضّامِنِ مانِعةً ليَدِ المالِكِ، أوْ مُفَوِّتةً لَها قَهْرًا؛ كالغَصْبِ والسَّرِقة، فإنّ ذَلِكَ يُناسِبُ ضَمانَ العَيْنِ وضَمانَ الرَّدّ، دَفْعًا للضَّرَرِ عَنِ المالِكِ المعْصُوم، والحُكْمُ ثابِتٌ على وَفْقِه، وذَلِكَ غَيرُ مَوْجُودٍ في العارِية، أوْ كان الضّامِنُ مُلْتَزِمًا للضَّمانِ، كالمُسْتامِ؛ لدَلالةِ قَرِينةِ حالِهِ على ذلِك، وذلِكَ غيرُ مُتَحَقِّقٍ في العارِية.

سلَّمْنا دَلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على وُجوبِ الضَّمان، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على نَفْيِهِ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «ليسَ على المسْتَعِيرِ غَيْرِ الغالِّ ضَمانٌ»[1].

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ المالِكَ قد أذِنَ للْمُسْتَعِيرِ في القَبضِ وَرَضِيَ بِهِ حَيْثُ قال: خُذْ وانْتَفِعْ، وذلِكَ يَدُلُّ على تَعَلُّقِ حاجَتِهِ به، وذلِكَ يُناسِبُ نَفْيَ الضمانِ بتَقدِيرِ تَلَفِ العَين، حَذَرًا من نُقصانِ مَقصُودِ المُعِير، / بسَبَبِ تَغْيِيرِ داعِيةِ المسْتَعِيرِ عَنِ القَبْضِ المأْذُونِ فيه، خَوْفًا من لُزُومِ الضَّمانِ بتَقدِيرِ تَلَفِ العَين، والشاهِدُ لَهُ بالِاعتِبارِ ما لَوْ أذِنَ لَهُ في الإتلاف. [ب/٥٨]

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوّل: أنّهُ إذا ثَبَتَتِ الملازَمةُ في غَيرِ مَحَلِّ النِّزاع، وذلِكَ يَسْتَلْزِمُ وُجودَ المقتَضِي للتَّلازُمِ في مَحَلِّ النِّزاع.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٩٦١. وقال الدارقطنيُّ: «عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يُروَى عن شريح القاضي غير مرفوع».

وما ذكروهُ من مَنْعِ يَدِ المالِكِ وإزالَتِها قَهْرًا فهو مُلْغًى بيَدِ السَّوْم.

قَولهُمْ: إنّ المسْتامَ مُلْتَزِمٌ للْقِيمة، قُلْنا: بَعدَ التَّمليكِ لا قَبلَه.

وعن المعارضةِ بالنَّصّ: أنّهُ يَرْوِيهِ عَمرُو بْنُ عبدِ الجَبّارِ[١]، وعُبَيدةُ بْنُ حَسّان[٢]، وهُما ضَعِيفان.

وبتقديرِ تَسليمِ الصحةِ فهو معارَضٌ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «العارِيةُ مَضمُونةٌ»[٣].

وهو صريحٌ في هذا الباب، ولا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على ضمانِ الرَّدّ؛ لما فيه من الإضمارِ ومُخالَفةِ ظاهِرِ الإضافةِ إلى العَيْن.

وعن المعْنَى: أنّهُ مُلْغًى بقَبْضِ المسْتام، وإذا أَذِنَ لَهُ في إتلافِ مالِهِ إنّما لَمْ يَجِبِ الضَّمانُ؛ لأنّ إتلافَ المالِ لا لغَرَضٍ صَحيحٍ مُحَرَّم، وفي نَفْيِ الضمانِ تَقلِيلُ الإقدامِ على المحَرَّم.

وإذا قُدِّمَ الطعامُ بينَ يَدَيِ الضِّيفانِ وأُذِنَ في أكْلِه، إنَّما لَمْ يَجِبِ الضَّمانُ لأنّ طَلَبَ الضمانِ لذَلِكَ مِمّا يُوجِبُ خَرْقَ المرُوءةِ، والاِنسِلاخَ عنْ حَيِّزِ الإنسانِيّة، بخِلافِ إيجابِ الضَّمانِ في العارِية.



(١) عَمرو بن عبد الجَبّار السنجاري، يكنى أبا مُعاوية، قالَ ابن عدي: روى عَن عَمه عُبَيدة بن حسان مَناكير، وله أحاديث غير مَحفوظة. «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي، ٢: ٢٢٨.

(٢) عُبَيدة بن حسان العَنبَري السنجاري، قالَ ابن حبان: روى الموضوعات عن الثِّقات، وقالَ أبو حاتِم: مُنكر الحَديث. «المغني في الضعفاء» للذهبي، ٢: ٤٢١.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب البيوع، ٢٩٥٩. قال ابن حجر العسقلاني: «وأعلَّ ابنُ حزم وابن القطان طرق هذا الحديث». «التلخيص الحبير»، ٣: ١١٧.

مسائل الغصب

[٦٣] ـ مسألة [المضمونات بالغصب بعد إباقه]

المضْمُوناتُ بالغَصْبِ بعدَ الإباقِ باقِيةٌ على مِلكِ المغصُوبِ مِنه، ولَهُ الاستِرْدادُ ورَدُّ القِيمةِ بعدَ العَوْدِ[١]، خِلافًا لَهُمْ، فإنّهُمْ قالوا: يَمْلِكُها الغاصِبُ عندَ أداءِ الضَّمانِ؛ مُسْتَنِدًا إلى وَقْتِ الغَصْب، ولَيْسَ للْمَغصُوبِ مِنهُ الِاسْتِرْدادُ وَرَدُّ القِيمةِ بعدَ العَوْدِ[٢].

وقدْ أجْمَعْنا على بقاءِ المِلْكِ للْمَغصُوبِ منهُ بعدَ التَّضْمِينِ في المدَبَّر، والمستولَدة، والعَبْدِ المخْتَلَفِ في قِيمَتِه، مَأخُوذةً بقَولِ الغاصِبِ بعدَ حَلِفِه.

ودلِيلُنا أنّ المِلْكَ كان ثابتًا للْمالِكِ قبلَ الغَصْب، والأصلُ بقاءُ ما كان على حالِه، فإنْ قِيلَ: إنّما يَلْزَمُ من بقاءِ المِلكِ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ المزِيل، وبَيانُ وُجُودِهِ من وَجْهَين:

الأوَّلُ هو: أنّ المِلْكَ في مالِ الضمانِ قدْ زالَ عن الغاصبِ حيثُ مَلَكَهُ المغْصُوبُ منه، فناسَبَ / إثباتَ المِلْكِ لَهُ في العَينِ المغصُوبةِ لِيَنتَفِعَ بها بإزاءِ ما [أ/٥٩] فاتَ عليهِ من مالِ الضَّمان، دَفْعًا للضَّرَرِ عنهُ وعن المغصُوبِ مِنهُ بأقْصَى الإمكان،

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٣٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٧. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٠. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٧٢.

والشاهِدُ له بالاعتبارِ قولُه عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[١].

الثّاني: هو أنّ الِاستِيلاءَ على المالِ دَلِيلُ حاجةِ المسْتَوْلِي إليه، وذلِكَ يُناسِبُ إثباتَ المِلْكِ لَه، دَفْعًا لحاجَتِهِ كالِاستِيلاءِ على المباحات، غيرَ أنّ ذلِكَ مَشْرُوطٌ بعَدَمِ لُزُومِ الضَّرَرِ لمَعْصُومٍ آخَرَ على المغْصُوبِ منهُ بعدَ قِيامِ مالِ الضمانِ مَقامَ ما فاتَ عليه، فوَجَبَ أنْ يَثْبُتَ المِلْكُ للْمُسْتَوْلِي مُسْتَنِدًا إلى حالةِ الِاستِيلاء، على وجهٍ يَظْهَرُ أثَرُهُ في استِتْباعِ الأكْسابِ دُونَ الزَّوائِدِ؛ لضَعْفِ مَعْنَى التَّبَعِيّةِ فيها.

والجوابُ عمّا ذكروهُ من إثباتِ المِلْكِ للْغاصِبِ في العَيْنِ المغصوبةِ من وجهَين:

الأوّل: أنّهُ لو ثَبَتَ لَهُ المِلكُ فيها إمّا أن يَثْبُتَ مُقْتَصِرًا على حالةِ التَّضْمِين، فهو على خِلافِ الإجماع، وإمّا مُسْتَنِدًا إلى حالةِ الغصب، ويَلْزَمُ منه استِلْحاقُ الزَّوائِدِ الجارِيةِ في مُدّةِ الغَصْب، وهو خِلافُ الإجماع.

وما ذكروهُ في ذلك من العَدَد، فهو مُلْغًى بالزوائِدِ الحادِثةِ في مُدّةِ الخِيار، فإنّها تَلْتَحِقُ بالمبِيعِ بعدَ انقِضاءِ المدّة، وإن كان المِلْكُ فيه ثابِتًا بعدَ انقِضاءِ المدّةِ مُسْتَنِدًا إلى وقتِ البَيْع.

الثّاني: أنّ ما ذكروهُ مُنْتَقِضٌ بالمدبَّر، فإنّ الغاصِبَ لا يمْلِكُهُ بعدَ أداءِ قِيمَتِهِ مع وُجُودِ ما ذكروه.

فإنْ قِيل: إنّما لَمْ يَمْلِكِ المدَبَّرَ لأنّ المِلْكَ فيه غيرُ قابِلٍ للنَّقل؛ لما فيه من فواتِ حَقِّ الحُرِّيَّةِ على العبد.

---

(١) تقدم تخريجه.

قُلْنا: لا نُسَلِّمُ أنّ المِلْكَ في المدَبَّرِ غيرُ قابلٍ للنَّقْل، ودَلِيلُهُ أنّهُ لو باعَ المدَبَّرَ واتَّصَلَ حُكْمُ حاكِمٍ بصِحَّتِه فإنّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ فيه بالإجماع.



[٦٤] ـ مسألة [قطع يدي العبد أو أنفه]

إذا قَطَعَ يَدَيْ عبدٍ، أوْ فقَأَ عَيْنَيْهِ، وَجَبَ عليهِ كَمالُ قِيمةِ العبد، ويَبْقَى المِلْكُ فيه على مالِكِهِ[1]، خِلافًا لأبي حنيفة، فإنّهُ قال: يَنْتَقِلُ المِلكُ فيه إلى الجانِي[2].

وقدْ أجْمَعْنا في المدَبَّرِ على وُجوبِ كَمالِ القِيمةِ من غيرِ انتِقال، وعلى أنّهُ لَوْ قَطَعَ إحْدَى يَدَيِ العَبْدِ، أوْ فقَأَ إحْدَى عَيْنَيْهِ، أنّهُ يَجِبُ عليهِ نِصْفُ القِيمةِ من غَيْرِ انتِقالِ شيءٍ من المِلْكِ إليه.

والمعتمَدُ في المسألة تَحْرِيرًا، واعتِراضًا، وانفِصالًا، ما ذكرناهُ في المسألةِ التِي قبلها، فعَلَيكَ بنَقْلِهِ إلى هاهُنا.



(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٣٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٦. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٧٥.

[٦٥] ـ مسألة [زوائد المغصوب]

زوائدُ المغصوبِ الحادثِ في مُدّةِ الغصبِ / مضمونةٌ على الغاصِبِ [ب/٥٩] عندنا، وسواءٌ كانتْ مُتَّصِلةً أوْ مُنْفَصِلةً[١]، خلافًا لأبي حنيفة في قَوْلِه: إنّها غيرُ مَضْمُونةٍ عليهِ[٢].

وأجْمَعْنا على أنّ نُقصانَ القِيمةِ بانخِفاضِ الأسواقِ غيرُ مَضمُون، ولَنا فيه وَجْه.

ودليلُنا أنّ الأصلَ عدَمُ اختصاصِ الأصلِ بمَعنًى يَزِيدُ على إثباتِ اليَدِ على مِلْكِ المالِكِ مُباشَرةً، والأصلُ عَدَمُ تأثِيرِهِ في إيجابِ الضمان، ويَلْزَمُ من ذلِكَ وُجودُ سَبَبِ الضمانِ في الزَّوائِدِ فيَلْزَمُ الضَّمان.

فإنْ قِيل: ما ذكرتُمُوهُ فرْعُ وجوبِ الضمانِ في الأصل، وهو غيرُ مُسَلَّم، بلِ الثابِتُ في الأصلِ إنما هو تَخْيِيرُ المالِكِ بينَ تَمْلِيكِ الغاصِبِ العَيْنَ المغصُوبةَ بأقْصَى القِيَمِ ـ من يوم الغَصْبِ إلى يومِ التلفِ شاءَ الغاصِبُ أوْ أبَى ـ، وبينَ إبقاءِ المِلْكِ على نفسِهِ مُمْتَنِعًا عليهِ المطالَبَةُ بالقِيمة.

ولِهَذا فإنّهُ لَوْ أبْرَأَ الغاصِبَ من القِيمةِ لا يَبرَأ، ولو أتاهُ الغاصبُ بالقيمةِ لا يُجْبَرُ على قَبُولِها، ولولا أنّ الثابتَ هو التخْيِيرُ على ما ذكرناهُ لَما كان ذلِك.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٣٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٢. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٨٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٦٨.

سلَّمْنا وُجوبَ الضمانِ في الأصل، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ عَدَمَ الفارِقِ سِوَى ما ذكرتُمُوه، وبيانُهُ من جِهةِ الإجمالِ والتفصِيل:

أمّا الإجمال: فهو أنّ الضمانَ على خِلافِ الدَّلِيل؛ لما فيه من الإضرارِ بالضّامِن، بفَواتِ مالِ الضَّمانِ عليه، وهو مَنْفيٌّ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ ولا إضرارَ في الإسلامِ»(١).

ومع ذلِكَ فيَجِبُ اعتِقادُ اختِصاصِ الأصلِ بما لا وُجُودَ لَهُ في الفَرْع، تَقْلِيلًا لمُخالَفةِ النّافي.

وأمّا التفصِيل: فهو أنّ الغصبَ مَناطُ الضَّمانِ بالإجماع، وهو مُتَحَقِّقٌ في الأصل.

وبيانـه أنّ الغصبَ عبـارةٌ عن إزالةِ اليَـدِ المحِقّـةِ بإثباتِ اليَـدِ العادِيـة، ويجِبُ تحدِيدُهُ بذلِكَ؛ لأنّ الغصبَ فِعْلٌ يَتَعَدَّى إلى مَفعُولَيْن: المغْصُوب، والمغصوبِ منه.

ويَسْتَدْعِي ذلِكَ ظُهُورَ أثرِهِ فيهِما، وأثَرُهُ في المغصوبِ ثُبُوتُ يَدِهِ عليه، وفي المغصوبِ منهُ زَوالُ يَدِه، لاستِحالةِ زَوالِ مِلْكِهِ بالغَصْب، وذلِكَ غيرُ مُتَحَقِّقٍ في الزيادة، حيثُ إنّ يَدَ المالِكِ لَمْ تَكُنْ ثابِتةً على الزيادةِ ليُقالَ بتَفْوِيتِها، فلا قِياس.

وبتقديرِ قَطْعِ النظَرِ عن الغصب، فتَفْوِيتُ يَدِ المالِكِ مُناسِبٌ للضمان، جَبْرًا لما فاتَ عليهِ من اليَدِ المطْلَقةِ للتَّصرُّف، بإقامةِ اليَدِ في مالِ الضمانِ مُقامَها، وهو [٦٠/أ] غيرُ مُتَحَقِّقٍ في الزوائدِ على ما عُرِف.

---

(١) تقدم تخريجه.

سلَّمْنا أنّهُ لا فارقَ سِوَى ثُبُوتِ اليَدِ في الأصل، إلا أنّها ثابِتةٌ بطَرِيقِ المباشَرةِ مع العُدْوانِية، وذلِكَ يَدُلُّ على إعجازِ المالِكِ عن الوُصولِ إلى حَقِّه؛ لتأكُّدِ تَعَلُّقِ غَرَضِ الغاصِبِ بالعَينِ المغصُوبة، فناسَبَ إيجابَ الضَّمانِ جَبْرًا لحَقِّ المالِك، وذلِكَ غيرُ موجودٍ في الزوائد؛ لأنّ الزوائدَ حَدَثَتْ في يَدِ الغاصِبِ بصُنْعِ اللهِ تعالى من غيرِ اختِيارِ الغاصِب، فلَمْ يَكُنْ مُثَبِّتًا لليَدِ على الزيادةِ مُباشَرةً ولا مُتَعَدِّيًا.

والجوابُ عنْ مَنْعِ الحُكمِ في الأصل: أنّ المقصودَ إنّما هو تَمَكُّنُ المالِكِ من المطالَبةِ بالقِيمةِ قاطِعِينَ للنَّظَرِ عنْ ما يَتَعَلَّقُ بذَلِكَ من التَّفْرِيعات، وذلِكَ ثابِتٌ بالإجماع.

وعن المعارَضةِ بجِهةِ الإجمال: ما سَبَقَ في مسألةِ خِيارِ الشَّرط.

وعن المعارَضةِ بجِهةِ التفصِيلِ بتَفْوِيتِ يَدِ المالِك: أنها مُلْغاةٌ بالغاصِبِ من الغاصِب، فإنّهُ يَجِبُ عليهِ الضمانُ بفَواتِ العينِ في يَدِه، وإنْ لَمْ يَكُنْ مُفَوِّتًا ليَدِ المالِك.

فإنْ قِيل: الغاصِبُ من الغاصِبِ مُفَوِّتٌ ليَدِ أمِينِ المالِك، ويَدُ أمِينِ المالِكِ يَدُ المالِك، إذا ضَمَّنَ الغاصِبَ الثّانِي فقَدْ أبْرَأَ الغاصِبَ الأوَّلَ من الضمان، ويَلْزَمُ من ذلِكَ سُقُوطُ الضمانِ من أوَّلِ الغَصب؛ لانتِفاءِ الفائدةِ في وُجُوبِه، ويَلْزَمُ من ذلك أن تكونَ يَدُهُ يَدَ أمانة.

قُلْنا: وإنْ لَزِمَ من تَضْمِينِ الثّانِي إبْراءُ الأوَّلِ من الضَّمان، لَكِنْ يَجِبُ اختِصاصُ ذلك بحالةِ التَّضمِينِ دُونَ ما قَبلَهُ؛ لاستِحالةِ سَبْقِ الأثَرِ على المؤَثِّر.

وفائِدةُ الوُجوبِ من ذلِكَ احتِمالُ الاستِيفاء، لا نَفْسُ الاستِيفاء.

وإنْ سَلَّمْنا استِنادَ الإبراءِ إلى حالةِ الغَصْب، لَكِنْ لا يَلْزَمُ مِنهُ ثُبُوتُ يَدِ الأمانةِ، بدَلِيلِ أنّ مُودِعَ الغاصِبِ الجاهِلَ بالغَصْبِ إذا ضَمَّنَهُ المالِكُ فإنّ لَهُ الرُّجوعَ على الغاصِب، وليسَ للغاصِبِ الرُّجوعُ على المالِك، ولَوْ صارَ أَمِينًا بالنَّظَرِ إليهِ لَكان لهُ الرُّجُوعُ عليهِ بكُلِّ مَطالِبِه، بسَبَبِ ما كان لَهُ في يَدِهِ كَما هو قاعِدةُ الأماناتِ.

فإنْ قِيل: وإنْ لَمْ يَكُنْ مُفَوِّتًا ليَدِ أَمِينِ المالِك، إلا أنّهُ مُفَوِّتٌ لإمْكانِ الأخْذِ من الغاصِبِ الأوَّل.

[ب/ ٦٠] قُلْنا: التَّفْويتُ المعْتَبَرُ في الغَصْبِ إنْ كان حاصِلًا بالغَصْبِ الأوَّلِ فالثّانِي لا يَكُونُ غَصْبًا، وإنْ كان حاصِلًا بالثّانِي فالأوَّلُ ليسَ بغَصْب.

وعن السُّؤالِ الأخِير: أنّهُ وَإنْ لَمْ تَكُنِ اليَدُ على الزِّيادةِ ثابِتةً بطَرِيقِ المباشَرةِ إلا أنّها ثابِتةٌ بطَرِيقِ التَّسَبُّبِ عُدوانًا.

أمّا التَّسَبُّب: فلِأنّ إمساكَ الأُصولِ مِمّا يَلْزَمُ مِنهُ حُصُولُ الزَّوائِدِ غالِبًا، فإذا تَعَقَّبَ ذلِكَ حُصُولُ الزَّوائِدِ فلا مَعْنَى للتَّسَبُّبِ عُرْفًا سِوَى ذلِك.

وأمّا أنّهُ عُدوان: فلِأنّهُ دُونَ رِضَى المالِكِ وإذْنِ الشّارِع، وَمع التَّساوِي في إثباتِ اليَدِ العادِيةِ فالِافْتِراقُ بالمباشَرةِ والتَّسَبُّبِ غيرُ قادِحٍ في إيجابِ الضَّمانِ إجماعًا.



[٦٦] ـ مسألة [منافع الأعيان المغصوب]

مَنافِعُ الأعيانِ المغصوبةِ مضمونةٌ عندنا، سواءٌ استَوْفاها الغاصِبُ أوْ عَطَّلَها[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ القولَ بعَدَمِ وُجوبِ الضمانِ يَلْزَمُ منهُ الإضرارُ بالمالِك، وهو مَنْفيٌّ بقَوْلِهِ [عليه السَّلام]: «لا ضَرَرَ ولا إضْرارَ في الإسْلامِ»[٣].

وبيان ذلك هو أنّ المقصودَ من مِلْكِ الأعيانِ إنّما هو المنافِع، ولِهَذا فإنّ ما لا مَنفعةَ فيه لا يكونُ مَرْغُوبًا فيه عُرْفًا، والغاصِبُ بإمْساكِ الأعيانِ أخْرَجَ منافِعَها عنْ أنْ يَكونَ فناؤها في جِهةِ غَرَضِ المالِكِ عُرْفًا، وذلِكَ إضرارٌ به.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ صِحّةَ الخَبَر، وإنْ كان صَحِيحًا، فلا نُسَلِّمُ أنّ قَوْلَه: لا ضَرَر، يَقْتَضِي نَفْيَ كُلِّ ضَرَر؛ لاحتِمالِ أنْ يُريدَ بهِ ضَرَرًا مُعَيَّنًا، وإنْ كان ظاهِرًا في نَفْيِ مُطْلَقِ ضَرَرٍ، غَيْرَ أنّ الحَمْلَ عليهِ يُفْضِي إلى تَخْصِيصِ النَّصِّ بالمضارِّ المَوْجُودةِ في الإسْلام، ولا بُدَّ لَكَ في الحَمْلِ على ضَرَرٍ مُعَيَّن، وليسَ التَّخصِيصُ أوْلَى من التَّجَوُّز.

وإنْ سُلِّمَ أنّهُ لا بُدَّ من حَمْلِ النَّكِرةِ المنْفيّةِ على العُمُوم، غيرَ أنّ المنْفيَّ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٣٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥١. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٨٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٧٨.

(٣) تقدم تخريجه.

الضَّرَرُ والضِّرار، ولا يَلْزَمُ من نَفْيِ الهَيْئةِ الاجتِماعِيةِ منهُما نَفْيُ كُلِّ واحِدٍ مِنهُما.

سلَّمْنا ذلِك، غيرَ أنّ لفظَ الضَّرَرِ كَما قَدْ يُطْلَقُ على التَّألُّمِ قَدْ يُطْلَقُ على النُّقصانِ بطَرِيقِ الِاشتِراك، ومِنهُ قَولُ الشّاعِر:

إنّــا أتَيْناكَ على طُولِ السَّــفَرْ نَقُودُ خَيْــلًا ضُمَّرًا فيها ضَرَرْ

[أ/ ٦١] أيْ: نَقْصٌ وهُزال.

وليسَ حَمْلُ النَّصِّ المشْتَرَكِ على أحَدِ الأمْرَيْنِ أوْلَى من الآخَر، ولَوْ حُمِلَ على النَّقْصِ كان تَقْدِيرُهُ لا نَقْصَ في الإسْلام، ولا خِلافَ فيه.

وإنْ سَلَّمْنا حَمْلَهُ على جَمِيعِ مُسَمَّياتِهِ غيرَ أنّهُ أضافَهُ إلى الإسلامِ بحَرْفِ (في)، وَهِيَ إمّا للظرفيةِ أوْ للسَّبَبِية، وعلى كُلِّ تَقدِيرٍ فالإسلامُ لا يكونُ ظرفًا للضَّررِ ولا سَبَبًا لَه.

سَلَّمْنا حَمْلَهُ على نَفْيِ الضَّرَرِ مُطْلَقًا، لَكِن حالةَ وُرُودِ الخَبَرِ لا بَعْدَه، ولِهَذا فإنّهُ لَوْ قالَ القائِل: لا رَجُلَ في الدّار، لا يُعَدُّ كاذِبًا بوُجُودِ رَجُلٍ في الدّارِ مُتَراخِيًا عن الخَبَر.

سلَّمْنا دَلالَتَهُ على النَّفْيِ مُطلَقًا، لَكِنَّهُ مُشْتَرَكُ الدَّلالة، فإنّ إيجابَ الضَّمانِ إضرارٌ بالضّامِنِ بإخراجِ مالِ الضَّمانِ من يَدِهِ مع أنّهُ مُتَعَلَّقُ حاجَتِه، وليسَ العَمَلُ بالخَبَرِ في نَفْيِ أحدِهِما أوْلَى من الآخَر.

والجوابُ عَنْ مَنْعِ الصِّحّة: أنّ الخَبَرَ مَنقُولٌ في سُنَنِ أبِي داودَ[1].

---

(١) تقدم تخريجه، وليس في «سنن أبي داود»، كما ذكر المصنف رحمه الله، قال السخاوي: «حَديث: لا ضَرَرَ ولا ضِرار، مالك والشافعي عنه عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه به =

وعن الثّانِي: أنّ النكرةَ المنفيّةَ تَعُمّ، ولَوْلا ذلِكَ لَما كان قولُ القائل: لا إلهَ إلا اللهُ؛ تَوحِيدًا، ولَما تناقَضَ قولُ القائِل: في الدّارِ رَجُل، مع قَولِه: لا رَجُلَ في الدّار.

وعن الثّالِث: أنّ التخصِيصَ أوْلَى من تَرْكِ الظاهِر، من حيثُ إنّ أكثرَ العُموماتِ مُخَصَّصة، والأكثرُ من الظواهِرِ مُقَدَّرة.

وعن الرابع: أنّ حَرْفَ النَّفْيِ إذا تكرَّرَ في الجُمَلِ المعطوفِ بعضُها على بعضٍ اقتَضَى نَفْيَ كُلِّ واحدٍ مِنها، كَما في قولِه تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧].

وعن الخامِس: أنّهُ يَجِبُ اعتِقادُ اتِّحادِ مُسَمَّى الضَّرِرِ فيما ذكرُوهُ من القِسْمَين، دَفْعًا لمَحْذُورِ التَّجوُّز والاِشتِراك، فإنّهُ على خِلافِ الأصلِ وَإنْ لَمْ يَكُنِ المسَمَّى واحِدًا، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ امتِناعَ حَمْلِ اللفظِ المشْتَرَكِ على جميعِ مَحامِلِه؛ إذْ هو من الأسماءِ العامّة، على ما عُرِفَ من أصْلِ الشّافِعِي، ولا سِيَّما في طَرَفِ النَّفْي.

وعن السّادِس: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُ الخَبَرِ على القَدْرِ المشتَرَكِ بينَ الظرفيةِ والسَّبَبِيّةِ من الملازَمة، نَفْيًا للتَّجوُّزِ والاِشتِراكِ عن اللفظ، ويكونُ التقدِيرُ فيه: لا مُلازمةَ بينَ الإسلامِ والضَّرَر.

وعن السّابع: أنّهُ ظاهِرٌ في النفيِ مُطلَقًا، وإلا لَما كان قولُ القائل: لا إلهَ

= مرسلًا، وهو عند أحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبراني عن ابن عباس، وفيه جابر الجعفي، وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر أقوى منه، والدارقطني من وجه ثالث، وفي الباب عن أبي سعيد وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن أبي مالك وجابر وعائشة». «المقاصد الحسنة» للسخاوي، ص٧٢٧، وانظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٤: ٣٦٢.

[ب/ ٦١] إلا الله، توحيدًا مُطلَقًا، وما ذكروهُ من الصُّورةِ إنّما لا يُعَدُّ النّافي فيها كاذِبًا؛ لقَرينةِ حالِهِ الدّالّةِ على أنّهُ لَمْ يُرِدِ النفيَ في مُستَقْبَلِ الزَّمان؛ لعَدَمِ عِلْمِهِ أوْ ظَنِّهِ بذَلِك.

وعن الثّامِن: بتَرْجِيحِ جانِبِ المالِكِ بكَوْنِهِ مَطلُوبًا، ويكُونُ الغاصِبُ ظالِمًا.



[٦٧] ـ مسألة [دخل أرض إنسان بقصد الاستيلاء]

إذا دَخَلَ أرضَ إنسانٍ على قَصْدِ الِاستِيلاء، وأزْعَجَ المالِكَ عنها، فتَلِفَتْ بخَسْفٍ أوْ غَيْرِهِ؛ ضَمِنها بكَمالِ قِيمَتِها عِندَنا[١]، خِلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ الضَّرَرَ لازِمُ انتِفاءِ الضَّمان، وهو مَنْفيٌّ بالنَّصّ، وبيانُ ذلِكَ هو أنّ العقارَ مُتَعَلَّقُ حاجةِ المالِك، وفَواتُهُ في مُدّةِ استِيلاءِ المستولي عليه عرفًا [إذا] عَرِيَ عن مالكٍ حائز يقومُ مَقامَهُ؛ مَأخُوذًا من جِهةِ المسْتَوْلِي يَكونُ ضَرَرًا في حقِّ المالِك.

وإذا عُرِفَ تَحْرِيرُ الدليلِ وتَقْرِيرُهُ فيما اتَّجَهَ عليهِ من الِاعتِراضاتِ في المسألةِ التِي قبلَ هذِهِ المسْألةِ والِانفِصالِ عَنْها، فهو مُتَّجِهٌ هاهُنا، فعَلَيْكَ بالنَّقْلِ والِاعتِبار.



(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٤٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٨٧. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٨٧.

[٦٨] ـ مسألة [المستكرهة على الزنا]

المسْتَكْرَهةُ على الزِّنا تَسْتَحِقُّ المهْرَ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبِي حنِيفةَ[٢].

ومن صُوَرِ الخِلافِ ما إذا زُفَّتْ إلى غيرِ زَوْجِها جاهِلةً وَهو عالِم.

وأجمَعْنا على وُجوبِ المهْرِ في وَطْءِ الشُّبْهة.

ودليلُنا أنّ عِلّةَ وجوبِ المهْرِ في وَطْءِ الشُّبهْةِ إنْ لَمْ تكُنْ مَوجُودةً في مَحَلِّ النِّزاع كانَتْ باطِلةً بالإجماعِ؛ لقُصُورِها، وإنْ كانت مَوجُودةً فيه لَزِمَ وُجوبُ المهْر.

فإنْ قِيلَ: أمّا القُصورُ فقَدْ سَبَقَ الِاعتِراضُ عليهِ في مسألةِ زكاةِ الصَّبِيّ، وإن سلَّمْنا وُجودَ عِلّةَ الأصلِ في الفرعِ، لَكِنْ إنّما يَلْزَمُ المهْرُ أنْ لَوْ لَمْ يُوجَدِ النّافي لَه.

وبيانه أنّهُ من المناسِبِ أنْ يُقالَ بوُجوبِ المهْرِ جَبْرًا للْمَوْطُوءةِ بما تُفْضِي إليهِ من تَقْلِيلِ مَفيضَتِها وضِيقِ صَدْرِها بسَبَبِ ما لَحِقَها من الذُّلِّ والعارِ باسْتِفْراشِها، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِهِ في الأصل.

والحَدُّ واجِبٌ في الفَرْعِ بالإجماع، وهو مَشرُوعٌ زَجْرًا، ويمْتَنِعُ شَرْعُ الجابِرِ مع شَرْعِ الزاجِر؛ لِما فَاتَ من زِيادةِ الضَّرَر.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٣٩.

(٢) قال السرخسي: «فأما إذا زنى بمُكرَهة يلزمه الحد دون المهر عندنا». «المبسوط» للسرخسي، ٩: ٥٣. وانظر لزيادة البيان كتاب «المبسوط» أيضًا، ٢٤: ٩٠.

والشّاهِدُ لَهُ بالِاعتِبارِ القِصاصُ والدِّية؛ فإنّ الدِّيةَ لَمّا كانت مَشرُوعةً جَبْرًا، والقِصاصُ مَشْرُوعٌ زَجْرًا، امتَنَعَ وُجوبُ الدِّيةِ مع القِصاص.

والجوابُ عمّا يَتَعَلَّقُ بالقُصُور: ما سَبَقَ في مَسْألةِ زكاةِ الصَّبِيّ.

وعن المعارَضةِ في الفَرْع: بمَنْعِ امتِناعِ اجتِماعِ الجابِرِ والزّاجِرِ إذا اختَلَفَ [أ/ ٦٢] المسْتَحِقُّ لَهُما، والمسْتَحِقُّ للْحَدِّ في الفَرْعِ هو اللهُ تَعالَى لا المرْأة، ولِذَلِكَ لا يَسْقُطُ بإسقاطِها، ويُسْتَوْفَى باستِيفائِها.

ومع اختِلافِ المستَحِقِّ فالجَمْعُ لا يكونُ مُمْتَنِعًا، كالجمعِ بينَ تحريمِ إتلافِ مالِ الغَيْرِ عمدًا عُدوانًا حَقًّا لله، وإيجابِ الضمانِ حقًّا للمالِك، بخِلافِ الدِّيةِ مع القِصاص؛ فإنّها حَقٌّ للْمَجْنِيِّ عليه، ولذلِكَ يَسْقُطانِ بإسقاطِه، ولِأنّ الدِّيةَ بَدَلٌ عن القِصاصِ عندنا على قَوْل، وعندهُمْ مُطْلَقًا.

والجمعُ بينَ البَدَلِ والمُبْدَلِ مُمْتَنِعٌ، بخِلافِ المهْر، فإنّهُ لَمْ يَكُنْ بَدَلًا عَنِ الحَدّ.



[٦٩] ـ مسألة [غصب ساجة وأدرجها في بناء]

إذا غَصَبَ ساجةً وأدْرَجَها في بنائِهِ وَجَبَ رَدُّها على المغصوبِ منهُ، وهَدْمُ البِناءِ[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وأجْمَعْنا على أنّهُ لَوْ غَصَبَ فصِيلًا وأدْخَلَهُ إلى دارِه، أوْ دِينارًا وألْقاهُ في مَحْبَرَتِه، أنّهُ يَجِبُ الرَّدّ، وإنْ أفْضَى ذلِكَ إلى كَسْرِ المحْبَرة، وهَدْمِ البِناء، عِندَ تَعَذُّرِ خُرُوجِ الفَصِيلِ من بابِ الدّارِ لكِبَرِه، وكذا لو بَنَى على أرضِ الغَيْر، فإنّهُ يَجِبُ رَدُّ الأرضِ وهَدْمُ البِناء.

دلِيلُنا أنّ المقْتَضِي للرَّدِّ في صُورةِ الفَصِيلِ والدِّينارِ إنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ لَزِمَ القُصُورُ في عِلّةِ الأصل، وهو باطِل، وإنْ كان مَوجُودًا فيه لَزِمَ الرَّدّ.

فإنْ قِيل: أمّا القُصورُ فقَدْ عُرِفَ ما يَرِدُ عليه.

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ المقْتَضِي للرَّدِّ في الفَرْع، لَكِنَّهُ وُجِدَ المعارِض.

وبيانـه وهو أنّ بناءَ الغاصِبِ لَهُ مالِيةٌ مُتَقَوِّمة، بدَلِيلِ أنّهُ لَوْ أتْلَفَـهُ مُتْلِفٌ وَجَبَ عليهِ ضَمانُه، وبِالهَدْمِ يُفَوِّتُ على الغاصِبِ مالِيَّتَهُ من غَيرِ بَدَل، وهو ضَرَرٌ في حَقِّه، فناسَبَ ذلِكَ المنْعَ من الرَّدِّ والهَدْم، دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٤٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٩. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٩٠.

والشّاهِدُ لهُ بالِاعتِبار: ما إذا لَوْ غَصَبَ لَوْحًا وَأدْرَجَهُ في سَفينَتِه، أوْ خَيْطًا وَخاطَ بهِ جُرْحَ حَيوانٍ مُحْتَرَم، أوْ حِنْطةً وَخَلَطَها بحِنْطةٍ أجْوَدَ منها، أوْ زَيْتًا وخَلَطَهُ بزَيْتٍ أجْوَدَ منه، وذلِكَ وإنْ لَزِمَ منهُ الضَّرَرُ في حَقِّ المغصُوبِ مِنهُ بفَواتِ عَيْنِ مِلْكِهِ عليهِ إلا أنّهُ مَجْبُورٌ بالقِيمة، بخِلافِ الغاصِبِ، فكان الضَّرَرُ في حَقِّ الغاصِبِ أتَمّ.

والجوابُ عَمَّا يَتَعَلَّقُ بالقُصُور: ما سَبَق.

وعن المعارَضة: بما ذكرُوهُ من الضَّرَرِ أنّهُ مُلْغًى / بالأصُولِ المذكُورةِ. [ب/٦٢]



[٧٠] ـ مسألة [غصب حنطة وعجنها]

إذا غَصَبَ حِنطةً وَطَحَنَها فالدَّقِيقُ لمالِكِ الحِنْطةِ[١]، خِلافًا لأبِي حَنِيفةَ في قَوْلِه بانتِقالِ حَقِّ المغْصُوبِ منهُ إلى قِيمةِ الحِنْطةِ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ المِلْكَ كان ثابتًا في الحِنطةِ وأجْزائِها، والأصلُ بَقاءُ ما كان إلا أنْ يُوجَدَ المزِيل، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: المِلْكُ إنّما كان ثابتًا في الحِنطةِ بسَبَبِ الماليةِ القائمةِ بها المسْتَنِدةِ إلى صِفاتِها الَّتِي هِيَ مُتَعَلَّقُ الأغْراضِ، وقَدْ زالَتْ تِلْكَ الصِّفاتُ بالطَّحْنِ، وتَبَدَّلَتْ بصِفاتٍ أُخْرَى، ولِهَذا فإنّهُ قَدْ يَتَعَلَّقُ غَرَضُ بَعْضِ النّاسِ بالحِنْطةِ دُونَ الدَّقِيق، وكَذَلِكَ بالعَكْس.

سَلَّمْنا بَقاءَ سَبَبِ المالِيَّةِ القائِمةِ بها غيرَ أنّهُ قَدْ وُجِدَ المعارِضُ المقْتَضِي لإزالةِ المِلْك، وبَيانُهُ من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ؛ أنّهُ كان في ضِيافةِ بعضِ الأنصارِ، فقُدِّمَتْ إليهِ شاةٌ مَشْوية، فأخَذَ منها لُقْمةً وَطَفِقَ يَلُوكُها في فيه لا يَسْتَسِيغُها، ثُمَّ قال: «هَذِهِ الشّاةُ تُخْبِرُ أنّها أُخِذَتْ بغَيْرِ حَقٍّ»، فقال: يا رَسُولَ اللهِ [ﷺ]، هَذِهِ شاةٌ غابَ عنها صاحِبُها، أَخَذْناها لنُرْضِيَهُ بقِيمَتِها،......................................

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٦٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٤٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٩. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٩٠.

فأمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُتَصَدَّقَ بها على الأُسارَى(١).

ولَمْ يَأمُرْ بردِّها على المالِك، فدَلَّ على زَوالِ مِلْكِه، وهو من جُمْلةِ صُوَرِ مَحَلِّ النِّزاع، ويَلْزَمُ مِثْلُهُ في الحِنْطةِ المطْحُونة، ضَرُورةَ عَدَمِ القائِلِ بالفَرْق.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ الدَّقِيقَ لَهُ ماليةٌ مُسْتَنِدةٌ إلى الصِّفاتِ الخاصّةِ بهِ الموجِبةِ لتَعلُّقِ الأغراضِ به، وقَدْ تَسَبَّبَ الغاصِبُ إلى تَحْصِيلِها في يَدِه، بالطَّحْنِ والغصب، فكان بذَلِكَ مُكْسِبًا لماليَّةِ الدَّقِيق.

وهو سَبَبُ مِلْكِ الدَّقِيق؛ للنَّصِّ والمعْنَى؛ أمَّا النَّصُّ فقَوْلُهُ عليهِ السَّلام: «كُلُّ أحَدٍ فهو أحَقُّ بكَسْبهِ من والِدِهِ وَوَلَدِهِ والنّاسِ أجْمَعِينَ»(٢).

وقوله [ﷺ]: «أطْيَبُ ما أكَلَ المؤْمِنُ من كَسْبِ يَدِهِ»(٣).

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ سَعْيَهُ في تَحْصِيلِ المالِ في يَدِهِ دَلِيلُ تَعلُّقِ حاجَتِهِ به، فناسَبَ إثباتَ المِلْكِ لَه، دَفْعًا لحاجَتِه، وتَحصِيلًا لمَقصُودِه، كَما في الِاصطِيادِ والِاستِيلاءِ على المباحات. [٦٣/أ]

---

(١) نحوه في «سنن الدارقطني»، الصيد والذبائح والأطعمة، ٤٧٦٤، عن رجل مزينة قال: صنعت امرأة من المسلمين من قريش لرسول الله ﷺ طعامًا، فدعته وأصحابَه، قال: فذهب بي أبي معه، قال: فجلسنا بين يدي آبائنا مجالس الأبناء من آبائهم، قال: فلم يأكلوا حتى رأوا رسول الله ﷺ قد أكل، فلما أخذ رسول الله ﷺ لقمته رمى بها، ثم قال: «إني لأجد طعمَ لحم شاةٍ ذُبِحَت بغير إذنِ صاحبتها»، فقالت: يا رسول الله، أخي، وأنا من أعزِّ الناس عليه، ولو كان خيرًا منها لم يغير عليَّ، وعليَّ أن أُرضيه بأفضل منها، فأبى أن يأكل منها، وأمر بالطعام للأسارى». قال الشوكاني: «في إسناده عاصم بن كليب، قال علي بن المديني: لا يُحتَجُّ به إذا انفرد، وقال الإمام أحمد: لا بأس به، وقال أبو حاتم الرازي: صالح، وقد أخرج له مسلم». «نيل الأوطار» للشوكاني، ٥: ٣٤٨.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، ٢٠٧٢.

والترجيحُ لهُ على المغصُوبِ منهُ؛ لأنّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ المِلكُ أَفْضَى إلى فواتِ حَقِّهِ من الِاكتِسابِ مُطْلَقًا، لا إلى خَلَف، بخِلافِ المغْصُوبِ منه، فإنّ مِلْكَهُ يَفُوتُ عليهِ إلى خَلَف، وَهو القِيمة.

والجوابُ عن الأوَّل: أنّ الأصلَ بقاءُ ماليّةِ الحِنْطة، وما ذكروهُ فهو باطِلٌ بما لَوْ غَصَبَ شاةً، وذَبَحَها وفَصَلَ لَحْمَها، فإنّ جَمِيعَ ما ذكروهُ مُتَحَقِّقٌ فيها، ومع ذلِكَ فاللَّحمُ يَكونُ مِلْكًا للمَغصُوبِ مِنهُ بالإجماع.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ: أنّهُ قَدْ قِيلَ: إنّهُ مُرسَلٌ[1]، فلا يكونُ حُجّةً عندنا، وإنْ كان حُجّةً، لَكِنْ في غيرِ ما فُرِضَ الكَلامُ فيه فلا يُعارِض.

ولا يَلْزَمُ من القَولِ بالتَّفْصِيلِ خَرْقُ الإجماع؛ لما فيه من مُوافَقةِ مَذْهَبِ ذِي مَذْهَبٍ في كُلِّ صُورة، وخَرْقُ الإجماعِ إنّما يكونُ بالمصِيرِ إلى خِلافِ ما اتَّفَقَ عليهِ أهلُ الإجماع.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى: لا نُسَلِّمُ أنّ تَسَبُّبَهُ سَبَبٌ للْمِلْك.

والخَبَرانِ فلا حُجّةَ فيهِما؛ فإنّ لَفْظَ الكَسْبِ فيهِما مُطْلَق، وقَدْ عُمِلَ بهِ في صُورةِ الِاصْطِيادِ والِاستِيلاءِ على المباحاتِ فلا يَبْقَى حُجّةً.

---

(١) يشير المصنف رحمه الله بـ«قيل» إلى رأي للبيهقي يعتبر فيه ما رواه التابعي عن رجل مبهم من الصحابة مرسلًا، فيكون بذلك هذا الحديث مرسلًا، فتسقط الحجة به عند مَن لا يحتج بالمرسل، كالمصنِّف وأهل مذهبه الشافعية رضي الله عنهم، وهذا القول مرجوح عند أهل مصطلح الحديث؛ لذلك عبَّر عنه المصنف بـ«قيل»، قال العراقي رحمه الله: «بل زاد البيهقي في سننه، فجعل ما رواه التابعي عن رجل من الصحابة لم يُسَمَّ مرسلًا، وليس بجيد، اللهم إلا إن كان يسميه مرسلًا ويجعله حجة كمراسيل الصحابة فهو قريب». «التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح»، ص٧٤.

وما ذكروهُ من المناسَبةِ والاعتِبار: فالمناسَبةُ غيرُ مُسَلَّمةٍ مع التَّحْرِيم، وَمع التَّسْلِيمِ فهو مُعارَضٌ في الأُصولِ المذْكُورةِ بكَوْنهِ مُحَصِّلًا لأصْلِ المِلْك، ومُتَسَبِّبًا إلى تَحْصِيلِ مَصْلَحةٍ كانَتْ ضائِعةً بخِلافِ مَحَلِّ النزاع، فإنّهُ ناقِلٌ للمِلْكِ ومُحَصِّلٌ لمَصْلَحةٍ لَمْ تكُنْ ضائِعةً.

ثُمَّ ما ذكروهُ مَنقُوضٌ بذَبْحِ الشّاةِ المغصُوبة، ومرجوحٌ بالنَّظَرِ إلى المالِكِ؛ لكَوْنِهِ مَظلُومًا والغاصب ظالِمًا.



[٧١] ـ مسألة [غصب جارية وأولدها]

إذا غَصَبَ جارِيـةً وَأَوْلَدَها وَلَدًا فنَقَصَتْ قِيمَتُها بالـوِلادة، وكانَتْ قِيمـةُ الوَلَدِ وافيـةً بأرْشِ النُّقْصانِ؛ يَجِبُ عليهِ أرْشُ النُّقْصانِ عِندَنا[1]، خِلافًا لَهُمْ[2].

وأجْمَعْنا على أنّهُ لَوْ عُدِمَ الوَلَدُ في يَدِ الغاصِبِ أنّهُ يَجِبُ عليهِ أرْشُ النَّقْص.

ولو ماتَتِ الأُمُّ فلَهُمْ في جَبْرِها بالوَلَدِ خِلاف، ولِذَلِكَ جُبِرَ نُقْصانُ صيدِ الحَرَمِ بالوَلَد.

ودلِيلُنا هو أنّ ما اقتضَى وجوبَ أرشِ النَّقصِ مع عَدَمِ الولدِ مُتَحَقِّقٌ مع وُجودِه، فكان الأرشُ واجِبًا.

وبيانُ ذلِكَ هو أنّ المقتضى إنّما هو نُقصانُ القِيمةِ، فإنه ضررٌ بالمالكِ مناسِبٌ وجوبَ الأرشِ دَفْعًا لَه، [ب/٦٣] والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقِه، وذلك مُتَحَقِّقٌ مع وُجودِ الوَلَد.

فإنْ قِيل: إنما وَجَبَ أرشُ النقصِ مع عَدَمِ الوَلَدِ لظُهورِ الضَّرَرِ، حيث إنه لا جابِرَ لَهُ سِوَى وُجُوبِ الأرْش، ومع وُجودِ الوَلَدِ فالجابِرُ الدّافِعُ للضَّرَرِ مَوْجُود، فلا حاجةَ إلى الأرْش، وصارَ هذا كما لوْ فاتَتْ سِنٌّ غيرِ المثْغُورِ ونَبَتَ مَكانَها أُخْرَى، وهَزُلَتِ الجارِيةُ ثُمَّ سَمنتْ.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٥. «تقويم النظر»، ١: ٤٥٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٢. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٨١.

والجواب: أنّ ما ذكروهُ مُلْغًى بالنُّقصانِ الحاصلِ من سَلِّ أُنْثَيي العبد، فإنهُ لا يَنْجَبِرُ بما يَلزَمُهُ من زِيادةِ ماليةِ العبد، بَلْ أَرْشُ النَّقْصِ مع ذلِكَ واجِب.

وأمّا صورةُ الإلزامِ فغيرُ لازمةٍ؛ لأنّ السِّنَّ النابِتة، والسِّمَنَ العائِدَ قائمانِ مقامَ ما فاتَ صُورةً وَمَعْنًى، فلِذَلِكَ لَمْ يَجِبْ معهُ أَرْش، بخِلافِ نُقصانِ صِفاتِ الأُمِّ بسَبَبِ الوِلادة، فإنّ الولدَ وإنْ قامَ مَقامَ ما فاتَ من جِهةِ المعْنَى فغَيْرُ قائِمٍ مقامَهُ من جِهةِ الصُّورةِ فافْتَرَقا.

فإنْ قيل: زِيادةُ الماليّةِ بسَبَبِ سَلِّ الأُنْثَيَيْنِ أُثْبِتَتْ عليهِ بسَبَبٍ مُحَرَّم، وعلى رَغَباتٍ فاسِدةٍ مُحَرَّمة، وهِيَ الائتِمانُ على النِّساءِ، فلِذَلِكَ لَمْ تكنْ مُعتَبَرةً في الخَبَر.

قُلْنا: وإحبالُ الجاريةِ المغصُوبةِ أيضًا مُحَرَّم، وإنّما تَعَلَّقَتِ الرَّغباتُ بهِ للأَمْنِ على النساء، لا للائتِمانِ عليهِنّ، وذلِكَ غيرُ مُحَرَّم.



[٧٢] ـ مسألة [المتلف خمر الذمي]

المتْلِفُ لخَمْرِ الذِّمِّيِّ لا يَجِبُ عليهِ الضَّمانُ عندنا[١]، خِلافًا لهُمْ، فإنّهُمْ قالوا: يُضَمَّنُ المسْلِمُ بالقِيمة، والذِّمِّيُّ بالمِثلِ[٢].

وكذلِكَ الخِلافُ في إتْلافِ الخِنزير.

وإنّما قُلنا ذلك لأنّ وجوبَ الضمانِ يَسْتَدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: بيانُ دليلِ التضمِينِ أنَّهُ أتلفَ مالًا مُتَقَوِّمًا مَعصُومًا لمالِكٍ مَعصُوم، فوَجَبَ عليهِ ضمانُهُ كَغَيْرِ الخَمْرِ من الأموال.

أمّا الإتلافُ فظاهِر، وأمّا أنّ الخمرَ مالٌ فيَدُلُّ عليهِ قولُ عُمَر: «وَلُّوهُمْ بَيْعَها، وخُذُوا العُشْرَ من أثْمانِها»[٣].

جعَلَها مَحَلًّا للبيعِ مُقابَلةً بالثَّمَن، ولَوْ لَمْ تكُنْ مالًا لَما كان كذلِك، ولم يُنْكِرْ عليهِ مُنكِرٌ، فكان إجماعًا.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٦١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٥٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٤٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٩٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٨٤.

(٣) «مصنف عبد الرزاق»، كتاب أهل الكتاب أخذ الجزية من الخمر، ٩٨٨٦، ولفظه عنده: «بَلَغَ عُمَرَ بنَ الخطّابِ أنّ عُمّالَه يَأخُذونَ الجِزيةَ مِنَ الخَمرِ، فَناشَدَهُم ثَلاثًا، فَقالَ بِلالٌ: إنّهُم لَيَفعَلونَ ذَلِك، قالَ: فَلا تَفعَلوا، ولَكِن ولّوهُم بَيعَها؛ فَإنّ اليَهودَ حُرِّمَت عَلَيهِمُ الشُّحومُ فَباعوها، وأكَلوا أثمانَها».

ولِأنّ المالَ عِبارةٌ عَمّا هو صالِحٌ لإقامةِ مَصلَحةِ الآدَمِيِّ حَقِيقةً من صَلاحِ النَّفس، وتَقْوِيةِ البَدَن، وهو مباحٌ في نَفْسِه، أوْ في اعتِقادِ المنْتَفِع به، والخمرُ كذلِكَ بالنِّسبةِ إلى الذِّمِّيّ، فكان مالًا.

وأمّا أنّهُ مُتَقَوِّمٌ فإنّهُ مُحالٌ تَبدُّلُ العوضِ في مُقابَلَتِهِ في عُرفِ أكثرِ الناس. [أ/ ٦٤]

وأمّا أنّهُ مَعصُومٌ فلِأنّ المالِكَ لَهُ مَعصُوم، وعِصْمَتُهُ تُناسِبُ عِصمةَ مالِه، تَحْصِيلًا لمَقصُودِهِ منهُ كسائِرِ أموالِه.

وإذا ثَبَتَتِ الأوصافُ ناسَبَ إتلافُهُ وجوبَ الضمانِ دَفْعًا للضَّرَرِ عن المالِكِ بإقامةِ مالِ الضَّمانِ مُقامَ ما فُوِّتَ عليهِ كَإتلافِ سائِرِ أموالِه.

والجواب: لا نُسَلِّمُ أنّ الخمرَ مال، وقولُ عُمَر: «وَلُّوهُمْ بَيْعَها»، معناه: لا يُعتَرَضُ عليهِمْ في ذلِكَ فيما بينهُمْ، وليسَ في ذلِكَ ما يَدُلُّ على صِحّةِ بيعِها، وقولُه: «وَخُذُوا العُشْرَ من أثمانِها»، أيْ: مِمّا يَعْتَقِدُونَهُ ثَمَنًا لها؛ لأنّ ذلِكَ كان مَشْرُوطًا عليهِمْ في ذلِكَ الزَّمان.

وما ذكرُوهُ من المعْنَى في بيانِ كونِهِ مالًا مُتَقَوِّمًا مَعصومًا لمالِكٍ مَعصُوم، والمناسَبةُ والِاعتِبارُ فيَلْزَمُهُمْ عليهِ مَتْرُوكُ التَّسْمِيةِ بالنِّسبةِ إلى شافِعِيِّ المذهب، فإنّ كُلَّ ما ذكرُوهُ مُتَحَقِّقٌ فيه، ومع ذلِكَ فإنّهُ لا يُضْمَنُ عِندَهُمْ.

كيفَ وأنّ ما ذكرناهُ من الِاعتِبارِ بسائرِ الأموالِ مُعارِضةٌ بكونِ المضمونِ فيها مالًا مُباحًا مُطْلَقًا بالنسبة إلى المسلمِ والذِّمِّيّ، فضَرَرُ فواتِهِ يكونُ أتَمَّ من ضرَرِ فواتِ الخَمْر، ومع ظُهورِ هذا الفَرْقِ فلا قِياس.



مسائل الإجارة

[٧٣] ـ مسألة [ملكيّة الأجرة لدى العقد]

الأُجْرةُ تُملَكُ لدَى العَقْدِ في الإجارةِ المطْلَقةِ عِندَنا[١]، وعِندَهُمْ تُمْلَكُ مُقَسَّطةً، فكُلَّما مَضَى يَوْمٌ وليلةٌ يُملَكُ من الأُجرةِ بِقِسْطِها[٢].

وأجْمَعْنا على مِلْكِها عند العَقْدِ بالشَّرْط، وإن كانتِ الأُجرةُ عَرْضًا، وعلى التأجِيلِ مع اشتِراطِه.

ودليلُنا أنّ المقْتَضِي لإثباتِ المِلْكِ في الأُجرةِ إذا كانَتْ عَرْضًا إمّا أنْ لا يَكُونَ مَوجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ، أوْ هو مَوْجُودٌ فيه.

الأوَّل: يَلْزَمُ مِنهُ أنْ تكونَ العِلّةُ في الأصلِ قاصِرةً باطِلةً بالإجماع، وهو مُمْتَنِع.

والثّاني: يَلْزَمُهُ ثُبوتُ المِلْكِ حالًا.

فإنْ قِيل: أمّا ما يَتَعَلَّقُ بالقُصور فقَدْ عُرِفَ ما فيه في مَسألةِ زكاةِ الصَّبِيّ.

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الأصلِ في الفَرْع، لَكِنَّهُ مُعارَضٌ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ تعالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، أمْرٌ بتَوْفيةِ الأُجْرةِ بعدَ العَمَل، فدَلَّ مَفْهومُهُ أنّ التَّوْفيةَ قبلَ العَمَلِ غيرُ مَأْمُورٍ بها، [ب/ ٦٤]

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٩٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٢٦.

ولو كانتِ الأُجرةُ قبلَ ذلِكَ مُسْتَحَقَّةً لكانتْ مَأمُورًا بها.

وأيضًا قولُهُ عليهِ السَّلام: «أعْطُوا الأجِيرَ أُجْرَتَهُ قبلَ أنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[١].

ووَجْهُ الحُجّةِ مِنهُ كالذِي قَبْلَه.

وأمّا المعْنَى: فهو أنّ الإجارةَ مُعاوَضةٌ بينَ الأُجرةِ والمنافِعِ الحاصِلةِ باستِعمالِ العَيْنِ؛ كَرُكُوبِ الدّابّة، ولُبْسِ الثَّوْب، وسُكْنَى الدّار، ونَحْوِه، وَهِيَ المقْصُودةُ من عَقْدِ الإجارةِ لا نَفْسُ العَيْن، على ما يَشْهَدُ بِهِ العُرْفُ والإطلاق، وهو تَسْمِيةُ الأُجْرةِ أُجْرةً، ولو كانتْ في مُقابلةِ العَيْنِ دُونَ المنافِعِ لَسُمِّيَتْ ثَمَنًا.

وإذا ثَبَتَ ذلِكَ فالمنافِعُ إنّما تُؤْخَذُ شَيْئًا فشَيْئًا؛ لاستِحالةِ تَعلُّقِهِ بما هو من المنافِعِ مَعْدُوم، فلَوْ ثَبَتَ المِلْكُ في الأُجْرةِ دَفْعةً واحِدةً لَدَى العَقْدِ كان إضرارًا بالمسْتَأْجِر؛ إذْ هو على خِلافِ قَضِيّةِ العَدْلِ والإنصاف، والإضرارُ مَنْفيٌّ بالنَّصّ.

وَخَرَجَ على ما ذكرناهُ ما إذا شَرَطَ التَّعجِيلَ؛ حيث إنه رَضِيَ بالضَّرَر، وكذلِكَ إذا عَجَّلَ الأُجْرة، وعلى هَذا نَقُولُ: إنّهُ لَوْ نكَحَ امْرَأةً على سُكْنَى الدّارِ شَهْرًا، لا يَصِحُّ على رَأْيٍ لَنا.

والجوابُ عمّا يَتَعَلَّقُ بالقُصُورِ ما سَبَقَ في زكاةِ الصَّبِيّ.

وعن المعارَضةِ بالنُّصُوص: أنّ الاحتِجاجَ بها بجِهةِ مَفهُومِ المخالَفةِ[٢]،

---

(١) «سنن ابن ماجه»، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء **٢٤٤٣**. قال ابن حجر العسقلاني: «وهذا الحديث ذكره البغوي في المصابيح في قسم الحسان». «التلخيص الحبير»، **٣: ١٣٢**.

(٢) مفهوم المخالفة هو «ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفًا لمدلوله في محل النطق، ويسمى دليل الخطاب أيضًا». «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، **٣: ٦٩**.

وليسَ بحُجّةٍ عِندهُمْ على الإطلاق، وعندنا على المخْتارِ[١].

وعن المعْنَى: ما ذكروهُ من الإضْرارِ مَوجُودٌ في الأصل، والحُكْمُ ثابِتٌ على خِلافِهِ فكان مُلْغًى، وما لأجْلِهِ خُولِفَ النَّصُّ في الأصلِ فقَدْ سُلِّمَ وُجودُهُ في الفَرْع، فيَجِبُ مُخالَفَتُه.



(١) «الإحكام» للآمدي، ٣: ٧٢. «قواطع الأدلة» للسمعاني، ١: ٢٣٨. «البحر المحيط» للزركشي، ٥: ١٣٣.

[٧٤] ـ مسألة [إجارة المشاع]

إجارةُ المشاعِ صَحِيحةٌ عِندَنا[١]، خِلافًا لأبِي حنِيفةَ[٢].

وقدْ أجْمَعْنا على الصِّحّةِ فيما إذا أجَّرَ مِنِ اثنَيْنِ بقَولِه: أجَّرْتُ مِنكُما.

والتَّفْصِيلُ في المذْهَبِ من الجانِبَيْنِ في ذَلِكَ كما سَبَقَ في رَهْنِ المشاع.

ودليلُنا تَحْرِيرًا وتقريرًا فيما سَبَقَ في رَهْنِ المشاعِ أيضًا، ويَتَّجِهُ عليهِ كُلُّ ما اتَّجَهَ على الأصلِ المذكُورِ في رَهْنِ المشاعِ من الِاعتِراضِ والِانفِصال، فعَلَيْكَ بنَقْلِهِ إلى هاهُنا.



---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٧.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٩٥. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٢١.

[٧٥] ـ مسألة [الأجير المشترك]

الأَجِيرُ المشْتَرَكُ ـ وهو مَنِ استُؤْجِرَ مَثَلًا لقَصْرِ الثَّوْبِ أوْ دَقِّهِ ـ، إذا أَتَى بالعَمَلِ المعتادِ، وتَوَلَّدَ منهُ فسادٌ؛ لا يَكُونُ [أ/٦٥] مَضْمُونًا عليهِ عندنا[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وأجْمَعْنا على أنّ الأجِيرَ الواحِدَ، وهو مَنِ اسْتُؤْجِرَ للْقِصارةِ مُدّةً مَعْلُومةً أنّهُ لَوْ تَوَلَّدَ من فِعْلِهِ فساد لا يَكونُ مَضْمُونًا عليه.

ودَلِيلُنا أنّ وُجوبَ الضَّمانِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأَصْلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: دَلِيلُ وُجُوبِ الضَّمانِ أنّهُ صَدَرَ منهُ ما لَوْ صَدَرَ منهُ قبلَ العَقْدِ أوجَبَ الضَّمانَ عليهِ، فكَذَلِكَ بَعْدَه، وَعَقْدُ الإجارةِ لَوْ كان لَكان مانِعًا من التَّضْمِين، والأصلُ عَدَمُ تَأْثِيره.

قُلْنا: الفَسادُ قبلَ العَقْدِ حَصَلَ من فِعْلٍ غَيْرِ مَأْذُونٍ فيه، فكان مُتَعَدِّيًا به، فناسَبَ إيجابَ الضَّمان، والحُكْمُ ثابِتٌ على وَفْقِه.

وفي الفَرْعِ الفَسادُ حاصِلٌ بفِعْلٍ مَأْذُونٍ فيه من المسْتَأْجِر، وذلِكَ لأنّهُ أذِنَ لَهُ في الدَّقِّ المَقْدُورِ لَه، وقَدْ أتَى بذَلِكَ؛ إذِ الكَلامُ إنّما هو مَفْرُوضٌ فيمَنْ كان من أهْلِ الحِذْقِ في صَنْعَتِه، وقَدْ أتَى بكُلِّ ما هو مُمْكِنٌ في مَقْدُورِهِ؛ من

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٩.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٩٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٣١.

إرْسالِ[١] الدَّقِّ المعْتَدِل، والاحتِرازِ في طَيِّ الثَّوبِ وآلةِ الدَّق، وكُلِّ ما يُوجِبُ الفسادَ مِمّا هوَ داخِلٌ تَحْتَ قُدْرَتِه، بحَيْثُ إذا عُرِضَ ذلِكَ على أهلِ الخِبْرةِ بتِلْكَ الصَّنْعةِ قالُوا: إنّهُ غيرُ قاصِرٍ ولا مُقَصِّر.

وإنّما حَصَلَ الفسادُ بامتِزاجِ حَرَكاتٍ اضطِراريّة بحَركاتٍ اختِياريّةٍ لا قُدْرةَ له على التَّحَرُّزِ عنها، وإذا كان ما حَصَلَ بهِ الفَسادُ مَأْذُونًا فيه من المسْتَأْجِر فلا يَكونُ ذلِكَ مُوجِبًا للضَّمان؛ إذْ هو غيرُ مُتَعَدٍّ فيه، بَلْ يُناسِبُ نَفْيَ الضَّمان، تَحْصِيلًا لمَقصُودِ المسْتَأْجِرِ مِمّا أذِنَ فيه ورَضِيَ به.

والشّاهِدُ لَهُ بالِاعتِبارِ الأجيرُ الواحِد؛ فإنّ امتِناعَهُ عَنْ تَحْصِيلِ مَقْصُودِ المسْتَأْجِرِ بتَقْدِيرِ إيجابِ الضَّمانِ عليه، مع تَضْيِيقِ الحالِ عليهِ بحَصْرِ العَمَلِ عليهِ في زَمانٍ مُعَيَّن، وأنّهُ لا يَقْدِرُ على الِاستِعانةِ في العَمَلِ بغَيْرِهِ يكونُ أكثر، بخلافِ محلِّ النزاع، فكأنّ مناسبةَ ذلك لنفي الضَّمانِ أكثر، ومع ذلك فيمتنعُ إلحاقُ مَحَلِّ النِّزاعِ به.

وأمّا الفَصْدُ والحِجامةُ فإنّما لَمْ يَجِبْ فيهِما الضَّمانُ؛ لأنّ امتِناعَ الأجِيرِ بسَببِهِ عنْ تَحْصِيلِ مَقصُودِ المسْتَأْجِرِ يكونُ أكثرَ بسَبَبِ كثرةِ الضَّمانِ، وهو الدِّية، والمقصُودُ الفائِتُ فيه يَكُونُ أكثرَ ضَرَرًا؛ لكَوْنِهِ مُتَعَلِّقًا بمَصْلَحةِ النَّفْس.

قُلْنا: الأجِيرُ الواحِدُ كان مُضَيَّقًا عليهِ من الوجهِ الذِي ذكروه، إلا أنّهُ مُوَسَّعٌ [ب/٦٥] / عليهِ من جِهةِ استِحقاقِهِ للْأُجْرة بتَسْلِيمِ نَفْسِهِ في المدّةِ المعيَّنةِ من غَيرِ عَمَل، بخِلافِ الأجِيرِ المشتَرَكِ، فيَتَقابَلان، واللهُ أعْلَم.

---

(١) قال الفيروزآبادي: «الإرسال بالكسر: الرفق والتؤدة». «القاموس المحيط» للفيروزآبادي، باب اللام فصل الراء (رسل).

مسائل الشفعة

[٧٦] ـ مسألة [شفعة الجار]

الشفعةُ لا تَثْبُتُ عندنا للجارِ الجُنُبِ[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وأجْمَعْنا على امتِناعِ ثُبُوتِها للجارِ المحاذِي، وعلى ثُبُوتِها للشَّرِيك.

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنَّ ثُبوتَ حَقِّ الشُّفعةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فَإنْ قِيلَ: دَلِيلُ ثُبُوتِهِ النَّصُّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رُوِيَ أنَّهُ عليهِ السَّلام سُئِلَ عَنْ أرْضٍ بيعَتْ وَلَيْسَ فيها شَرِيكٌ، وَلَها جارٌ، فقال: «الجارُ أحَقُّ بشُفْعَتِها»[٣].

وأمّا المعْنَى: فهو أنَّ الجارَ الملاصِقَ قَدْ يَتَضَرَّرُ بالمشْتَري بالتَّعَدِّي إلى مِلْكِه، والنَّظَرِ إلى دارِهِ وَحُرَمِهِ وسُوءِ عِشْرَتِه، وذلِكَ يُناسِبُ ثُبُوتَ الشُّفْعةِ لَه، دَفْعًا للضَّرَرِ عنهُ كَما في الشَّرِيك.

والجوابُ عن النَّصّ؛ بمُعارَضَتِهِ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «الشُّفْعةُ فيما لَمْ يُقْسَمْ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ وطُرِّقَتِ الطُّرُقُ فلا شُفْعةَ»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٦٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٦٤.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٨٨. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥١٩.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، ٢٢٥٨. «سنن النسائي»، كتاب البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها، ٤٧٠٣.

(٤) «صحيح البخاري»، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، ٢٢٥٧، ولفظه «... وصُرِّفت الطرقُ فلا شفعة».

وهو نَصٌّ في الباب، ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

كيفَ وأنّ ما ذكرناهُ فيه مُوافَقةُ النَّفيِ الأصْلِيّ، ومُوافَقةُ الدَّلِيلِ المقْتَضِي لإثباتِ المِلْكِ للْمُشْتَرِي بخِلافِ ما ذكروه؟ فكان ما ذكرناهُ أوْلَى.

كيفَ وأنّ الجارَ فيما ذكروهُ من الخَبَرِ يَحْتَمِلُ أنّهُ شَرِيكٌ في الممَرّ؟ وعِندَنا تَثْبُتُ لَهُ الشُّفْعة؛ فإنّهُ جارٌ حَقِيقةً، وَيَجِبُ الحَمْلُ عليه؛ لما فيه من الجَمْعِ بَيْنَهُ وبينَ ما ذكرناهُ من النَّصِّ والمعْنَى.

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى؛ بمَنْعِ لُزُومِ الضَّرَرِ في حَقِّ الجار؛ لأنّ ما وُجِدَ من العقلِ والدِّينِ في حَقِّ المشْتَرِي والزَّواجِرِ الشَّرْعِيّة مانِعٌ من أذَى جارِهِ ظاهِرًا، ورُبَّما كان أرْفَقَ وأصْلَحَ لَهُ من الجارِ الأوَّلِ وإنْ لَزِمَ الإضرار، إلا أنّهُ إنّما يكونُ مُناسِبًا أنْ لَوْ لَمْ يَلزَم من دَفْعِهِ ضَرَرٌ آخَر، وهو فواتُ مِلْكِ المشْتَرِي وما تَعَلَّقَتْ بِهِ حاجَتُه، فإنّهُ لَيسَ من المناسِبِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ أحَدِ المعْصُومَينِ وإلْزامُهُ للآخَر، بَلِ الضَّرَرُ في حَقِّ المشْتَرِي بفَواتِ حَقِّهِ من المِلْكِ يَقِينِيّ، والضَّرَرُ في حَقِّ الجارِ فمَوْهُوم. [أ/٦٦]

وإنْ سَلَّمْنا المناسبة، إلا أنّا نُعارِضُ في الأصلِ بزِيادةِ الضَّرَرِ في حَقِّ الشَّرِيك، بسَبَبِ كَثْرةِ المداخَلةِ بينَ الشَّرِيكَيْن، وبما يَلْزَمُهُ من ضَرَرِ مُؤْنـةِ القِسْمة، وعلى هَذا نَقُولُ: إنَّ ما لا يَقْبَلُ القِسْمةَ لا يَثْبُتُ فيه حَقُّ الشُّفْعةِ، بخِلافِ الجار.



[٧٧] ـ مسألة [الشفعة على قدر الأنصباء]

الشُّفْعةُ تُسْتَحَقُّ على قَدْرِ الأَنْصِباءِ عِندَنا على القَوْلِ الجَدِيدِ[١]، خِلافًا لَهُمْ؛ فإنّهُمْ قالُوا: تُسْتَحَقُّ على عَدَدِ الرُّؤُوسِ[٢]، كالقَوْلِ القَدِيمِ لَنا[٣].

وصُورةُ المسألةِ ما إذا كانتِ الدّارُ بينَ ثلاثة؛ لواحِدٍ النِّصْف، ولِلآخَرِ الثُّلُث، ولِلآخَرِ السُّدُس، فباعَ صاحِبُ النِّصْفِ نَصِيبَه، فعِندنا يُقْسَمُ بينَ الشَّرِيكَيْنِ بالتَّثْلِيث، وعِندَهُمْ بالتَّنْصِيف.

وإنّما قُلْنا ذلِكَ؛ لأنّ التَّفاوُتَ في سَبَبِ الِاسْتِحْقاقِ مُوجِبٌ للتَّفاوُتِ في الِاستِحْقاق، وَقَدْ وُجِدَ التَّفاوُتُ في السَّبَبِ، فيَجِبُ التَّفاوُتُ في المسَبَّب.

أمّا المقَدِّمةُ الأُولَى فظاهِرة.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٦٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٤٦٩.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٩١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٥٢٢.

(٣) قال الجويني: «فإن قيل: قد اختار المزني القولَ القديم، ورأى قسمةَ الشفعة على رؤوس الشفعاء، واحتج بقول الشافعي في مسألة العم، والأخ، ونقل فيه لفظَ الشافعي، وفهم المزني من نص الشافعي القسمةَ على الرؤوس، وهذا تفريع القديم، وتشريك العم هو القول الجديد، قلنا: لا محمل لهذا في ترتيب المذهب إلا وجهان؛ أحدهما: أنه يحمل الاستواء على الاستواء في أصل الاستحقاق، لا على التساوي في المقدار. والثاني: أن نُقدِّر للشافعي قولًا في الجديد في أن الشفعة تُقسم على الرؤوس لا على الأنصباء، وهذا فيه نظر؛ فإنه لم يصح في الجديد القسمةُ على الرؤوس، ومهما قطع الشافعي في الجديد فتواه فالذي أراه موافقةُ المزني في أن ذلك رجوع منه عن ترديد القول». «نهاية المطلب» للجويني، ٧: ٣٥٤.

وأمّا المقَدِّمةُ الثّانِيةُ فهو أنّ سَبَبَ استِحْقاقِ الشُّفْعةِ إنَّما هو اتِّصالُ المالَيْنِ؛ دَفْعًا لما يَلْزَمُ الشَّريكَ من ضَرَرِ مُؤْنةِ القِسْمة، وَتَعَدِّي الدَّخِيلِ عليهِ في مِلْكِه، وسَنُوَضِّحُه.

ولا يَخْفَى أنّ زِيادةَ هَذا الضَّرَرِ بحَسَبِ زِيادةِ المِلْكِ، واتِّصالِهِ بمِلْكِ شَرِيكِه، وأنّ زِيادةَ الِاستِحقاقِ تكونُ دافِعةً لزِيادةِ الضَّرَر، والنّاقص للنّاقص، فوَجَبَ أنْ يَتَرَتَّبَ على كُلِّ ضَرَرٍ ما يُناسِبُهُ من الحُكْم، وصارَ كَما في الدُّيونِ المتَفاوِتةِ المتَعَلِّقةِ بمالِ التَّركة، أوْ بمالِ المُفْلِسِ المدْيُون؛ حيثُ إنّ مالَ المدْيُونِ يُوَزَّعُ بينَ أربابِ الدُّيُونِ على حَسَبِ تَفاوُتِ الدُّيون.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ التَّفاوُتَ في سَبَبِ الِاستِحقاق؛ فإنّ السَّبَبَ الموجِبَ لاستِحقاقِ الشُّفْعةِ إنّما هو أصلُ الِاتِّصالِ بينَ المِلْكَيْن، ولِهَذا صادَفْناهُ مُسْتَقِلًّا باستِحقاقِ الشُّفْعةِ في الكُلِّ حالةَ الِانفِراد، وإنْ كان المسْتَحِقُّ للشُّفْعةِ مُشارِكًا بأقَلِّ نَصِيبٍ يُفْرَض.

وإذا كان اتِّصالُ مِلْكِ كُلِّ شَرِيكٍ يُفْرَضُ مُستَقِلًّا باستِحقاقِ الشُّفْعةِ في الكُلِّ بتَقْدِيرِ الِانفِراد، فعِنْدَ الِاجتِماعِ تَجِبُ التَّسْوِيةُ بَيْنَهُمْ في الِاستِحقاقِ، كَما في البُنُوّةِ؛ فإنّ كُلَّ واحِدٍ من الِاثنينِ إذا انفرَدَ اسْتَقَلَّ بأخْذِ جمِيعِ التَّرِكةِ [ب/٦٦]، وعنـدَ الِاجتِماعِ يُسَوَّى بَيْنَهُما؛ لاستِوائِهِما في البُنُوّةِ المسْتَقِلّةِ باستِحقاقِ المِيراث.

والجوابُ عَنِ المنْع: بما بَيَّنّاهُ من التَّفاوُتِ بينَ الشَّريكَيْنِ في الضَّرَرِ الموجِبِ لاستِحقاقِ الشُّفْعة، واستِقلالُ كُلِّ نَصِيبٍ باستِحقاقِ كُلِّ الشُّفعةِ حالـةَ الِانفِـرادِ لا يَمْنَعُ من التَّفاوُتِ حالةَ الِاجتِماع، مع التَّفاوُتِ في السَّبَبِ الموجِبِ للِاستِحقاق، بدَلِيلِ ما ذكرناهُ من فَصْلِ الدُّيُون.

وكذلِكَ الحُكمُ بالتَّفاوُتِ بينَ الفارِسِ والرّاجِلِ في استِحْقاقِ الغَنِيمة، مع استِقْلالِ كُلِّ واحِدٍ منهُما باستِحقاقِ الكُلِّ بتقَدِيرِ انفِرادِه؛ لما بَيْنَهُما من التَّفاوُتِ في قَهْرِ الكُفّارِ والِاستِيلاءِ عليهِمْ، ولا كذلِكَ فيما اسْتَشْهَدُوا بهِ من فضْلِ البُنُوّة؛ إذْ لا تَفاوُتَ فيها.

فإنْ قِيل: إذا ثَبَتَ استِقلالُ أصْلِ الِاتِّصالِ باسْتِحْقاقِ الكُلِّ، فالتَّفاوُتُ فيما وَراءَ ذلِكَ عِندَ الِاجتِماعِ لا يُوجِبُ التَّفاوُتَ في حُكْمِ الِاستِحقاق، بدَلِيلِ ما لَوْ جَرَحَ إنسانٌ لإنسانٍ جِراحةً، وجَرَحَهُ آخَرُ جِراحات، وماتَ المجْرُوحُ، فإنّ الدِّيةَ تَجِبُ عليهِما بالسَّوِيّةِ مع التَّفاوُت لَمّا كان فِعْلُ كُل واحدٍ مِنهُما مُسْتَقِلًّا بإيجابِ كُلِّ الدِّيةِ عليهِ بتقدِيرِ انفِرادِه.

قُلْنا: إنّما سُوِّيَ بَينهُما؛ لأنّ التَّفاوُتَ بينَ الجِراحةِ والجِراحاتِ في السِّرايةِ المُفْضِيةِ إلى زُهُوقِ الرُّوحِ [التِي] هِيَ مَناطُ إيجابِ الدِّيةِ غيرُ مَعْلُوم، فإنّهُ كَمْ من جِراحةٍ واحِدةٍ تكونُ سِرايَتُها إلى الزُّهُوقِ أسْرَعَ من الجِراحاتِ الكَثِيرة، بخِلافِ ما ذكرناهُ من التَّفاوُتِ في مَحَلِّ النِّزاعِ في الضَّرر الموجِبِ للِاستِحقاق؛ فإنّهُ ظاهِرٌ لا اختِلافَ فيه، واللهُ أعلم.



مسائل المأذون

[٧٨] ـ مسألة [العبد المأذون في نوع]

العَبدُ المأذُونُ في نَوْعٍ من أنواعِ التِّجارةِ ـ كالتِّجارةِ في الخُبْزِ مَثلًا ـ لا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فيما سِوَى ذلِكَ عِندَنا[١]، خِلافًا لهُمْ[٢].

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ الحُكمَ بالصِّحّةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فَإنْ قِيلَ: دَليلُ ثُبوتِ الصِّحّةِ أنّ كَوْنَ العبدِ مُكَلَّفًا يُناسِبُ تَمَكُّنَهُ من التَّصَرُّفِ بنَفْسِهِ مُطْلَقًا، والتَّمْليكُ والتَّمَلُّكُ تَمْهيدًا لأسبابِ الفَراغِ والبقاء في حَقِّه كَما في الحُرّ، غيرَ أنّهُ لَمّا كان السَّيِّدُ مُسْتَحِقًّا لاستِخدامِهِ ومنافِعِهِ امتَنَعَ [أ/ ٦٧] إطلاقُهُ في التَّصَرُّفِ قبلَ إذْنِ السَّيِّدِ لَه، دَفعًا للضَّرَرِ عنه، وبعدَ إذْنِهِ في نَوعٍ من أنواعِ التِّجارةِ فقَدْ رَضِيَ بسُقُوطِ حَقِّهِ من الاستِخدامِ، وفواتُ ذلِكَ عليهِ لا يَخْتَلِفُ بالتَّصَرُّفِ في مَحَلِّ الإذْنِ أوْ في غيرِه.

وإذا ثَبَتَ وُجودُ المطْلَقِ عَرِيًّا عن المُعارِضِ وجَبَ أن يَصِحَّ تصرُّفُه، وصارَ كما في الرّاهِنِ إذا أذِنَ لَهُ المرْتَهِنُ في بَيعِ الرَّهنِ مُقَيّدًا فإنّهُ يصِحُّ مُطلَقًا؛ لما ذكرناه.

والجواب: أنّ ما ذكروهُ مَنْقُوضٌ بما لَوْ أذِنَ لَهُ في تَصَرُّفٍ خاصٍّ مُعَيَّن،

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٢٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٢٢.

كَما لَوْ أذِنَ لَهُ في شِراءِ خُبْزٍ فاشترَى ثَوبًا، وبِالعَكْس، فإنّهُ لا يَصِحُّ إجماعًا مع تَحَقُّقِ كُلِّ ما ذكروه.

فإنْ قِيل: إذا أذِنَ لَهُ في نَوْعٍ من أنْواعِ التِّجارةِ فقَدْ رَضِيَ باستِغْراقِ كَسْبهِ بالدَّيْن، بخِلافِ ما إذا أذِنَ لَهُ في التَّصَرُّفِ المعيَّن، فإنّهُ لَمْ يَرْضَ باسْتِغْراقِ أكْسابِهِ بالدُّيُون.

قُلْنا: هَذا مُلْغًى بما لَوْ عَدَلَ عن التَّصَرُّفِ المعيَّنِ المأْذُونِ فيه إلى تَصَرُّفٍ مُعَيَّنٍ لا يَلْزَمُهُ فيه أكثرُ من الثَّمَنِ اللازِمِ لَهُ في التَّصرُّفِ المأْذُونِ فيه، ومع ذلِكَ لا يَصِحّ.



[٧٩] ـ مسألة [سكوت السيد على بيع عبده]

إذا رَأى السَّيِّدُ عبدَهُ يَبِيعُ ويَشْتَرِي فسَكَتَ عنهُ لا يكونُ إذْنًا لَهُ في التِّجارةِ عندنا[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

وأجْمَعْنا على أنّهُ لَوْ رَآهُ يَبِيعُ غيرَ مالِهِ أنّهُ لا يَكونُ إذْنًا لَهُ في التِّجارة، وكذلِكَ لَوْ سَكَتَ عَنْ تَصَرُّفاتِ العَبْدِ المشْتَرَكِ المأذُونِ لَهُ من شَرِيكِه، لا يكونُ ذلِكَ إذْنًا لهُ في التِّجارةِ من قِبَلِه، وهل يَصِحُّ ما باشَرَهُ من الشِّراءِ؟ فهو على الخِلاف.

ودليلُنا أنّ الحُكمَ بصِحّةِ تَصَرُّفاتِهِ يَسْتَدْعِي دلِيلًا، والأصلُ عدَمُه.

فإنْ قِيل: دَلِيلُ الصِّحّةِ أنّ تَصَرُّفَهُ مُوصًى بهِ من جِهةِ السَّيِّد، فناسبَ أنْ تَجْرِي عليهِ أحكامُ صَرِيحِ الإذْن، تَحْصِيلًا لمَقصُودِ التَّصَرُّفِ الذِي دَلَّ على الحاجةِ إليهِ إقدامُ العاقِدَينِ مع رِضَى السَّيِّدِ به، قِياسًا لَهُ على حالةِ الإشاراتِ المعْهُودةِ من الأخْرَسِ لعَبْدِه.

وبيانُ رِضَى السَّيِّدِ بذَلِك أنّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ راضِيًا بهِ كان ما باشَرَهُ العَبْدُ من التَّصَرُّفِ حَرامًا؛ لكَوْنِهِ مُفَوِّتًا بهِ حَقَّ السَّيِّدِ من مَنافِعِهِ المسْتَحَقّةِ لهُ دونَ رِضاه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٤٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٩٤. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨٦. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٢٤.

ولو كان حَرامًا لَوَجَبَ على السَّيِّدِ إنكارُهُ؛ لكونِهِ مُتَمَكِّنًا من الإنكارِ على عبدِه؛ لكَونِهِ بطَوعِهِ واختيارِه، وهو مُتَعَيِّنٌ لهُ؛ لعَدَمِ عِلْمِ غيرِهِ بكَوْنِهِ مُنْكرًا؛ لارتباطِهِ بعَدَمِ رِضَى السَّيِّد، ولا عِلْمَ بهِ لغَيْرِه؛ لأَنَّ إنكارَ المنكَرِ على مَنْ يَسْتَطِيعُهُ مع تَعَيُّنِهِ واجِبٌ بالإجماع. [ب/ ٦٧]

ولِقَولِهِ عليهِ السَّلام: «مَنْ رَأى مِنكُم مُنكَرًا فلْيُغَيِّرْهُ بيَدِه، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فبِلسانِه، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فبِقَلْبِهِ»(١).

أمْر، والأمْرُ ظاهِرٌ في الإيجابِ على الفَوْر؛ لما فيه من المسارَعةِ إلى نَفْيِ مَكرُوهِ الشّارع، فحَيثُ لَمْ يُبادِرْ إلى الإنكارِ دَلَّ على أنّهُ راضٍ به.

والجواب: لا نُسَلِّمُ رِضَى السَّيِّدِ بذَلِك؛ فإنّ سُكوتَهُ مُتَرَدِّدٌ بينَ احتِمالِ الرِّضَى والسَّخَطِ وسَلْبِ الطَّرَفَيْنِ، فلا يكونُ راضِيًا على تَقْدِيرَيْن، ويكونُ راضِيًا على تَقدِيرٍ واحِد، فكان عَدَمُ الرِّضَى أغْلَب.

ولا يَلْزَمُ من عَدَمِ الرِّضَى حُرْمةُ التَّصَرُّفِ دُونَ ظُهورِ الضَّرَرِ في نَظَرِ السَّيِّد؛ إذِ الأصلُ عَدَمُ الحُرمةِ فيما وَراءَ ظُهورِ الضَّرَر، وظُهورُ الضَّرَرِ مُقَيَّدٌ بحالةِ وُجودِ السَّخَطِ دُونَ حالةِ الرِّضَى، والتَّرَدُّدِ بينَ السَّخَطِ والرِّضَى، ولا يَخْفَى أنّ وُقوعَ احتِمالٍ مِنِ احتِمالَيْنِ أغْلَبُ من وُقُوعِ احتِمالٍ واحِدٍ بعَيْنِه.

ثُمَّ يَلْزَمُ على ما ذكروهُ ما ذكرناهُ من الحُكمَينِ المجْمَعِ عليهِما في أوَّلِ المسألـة، فإنّ سُكوتَ السَّيِّدِ عن تَصَرُّفِ العَبْدِ فيهِما لا يَـدُلُّ على الإذْنِ في التَّصَرُّف، والرِّضَى بهِ، بدَلِيلِ عَدَمِ نُفُوذِهِ مع وُجُودِ ما ذكرُوه.

---

(١) «صحيح مسلم»، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان، ٧٨.

وإنْ سَلَّمْنا ظُهورَ الرِّضَى على ما ذكروهُ إلا أنّهُ يَلْزَمُ من الصِّحّةِ بناءً عليهِ إلغاءُ ما اخْتَصَّ بهِ صَريحُ الإذْنِ من زِيادةِ ظُهُورِ الرِّضَى مع مُناسَبَتِهِ واعتِبارِه، وهو مُمْتَنِع.



[٨٠] ـ مسألة [بيع رقبة العبد في ديون التجارة]

إذا لَمْ يَكُنْ في أكْسابِ العَبْدِ المأْذُونِ ما يَفي بدُيُونِ التِّجارةِ لا تُباعُ رَقَبَتُهُ في دُيونِ التِّجارةِ عِندَنا[١]، خِلافًا لَهُمْ[٢].

دلِيلُنا أنّ الحُكْمَ بذَلِكَ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فَإنْ قِيل: دَلِيلُ ذلِكَ هو أنّ الدّائِنَ قَدْ تَعَذَّرَ عليهِ استِيفاءُ دَيْنِهِ من غَيْرِ رَقَبَةِ العَبْدِ، فناسَبَ تَعَلُّقَ دَيْنِهِ برَقَبَةِ العَبْدِ على وَجْهٍ يَظْهَرُ أثَرُهُ في بَيْعِ الرَّقَبَةِ عِندَ تَعَذُّرِ الِاستِيفاءِ من مالٍ آخَر، دَفْعًا للضَّرَرِ عَنِ الدّائِنِ، قِياسًا على أرْشِ الجِنايَة.

ولِقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ وَلا إضْرارَ في الإسْلامِ»[٣].

والجواب: أنّ ما ذكروهُ من دَفْعِ الضَّرَرِ عن الدّائِنِ إنّما يكونُ مُناسِبًا لبَيْعِ الرَّقَبَةِ أنْ لَوْ لَمْ يَلْزَمِ الضَّرَرُ بالمالِكِ بإزالةِ مِلْكِهِ عن الرَّقَبةِ دُونَ [أ/٦٨] رِضاهُ؛ إذِ الأصلُ عَدَمُ الرِّضَى، فلا بُدَّ من تَرْجِيحِ ما ذكَرُوهُ؛ لتَحَقُّقِ المناسَبة.

كيفَ وَأنّ التَّرجيحَ لجانِبِ المالِكِ من جِهةِ أنّ حَقَّهُ من مِلْكِ الرَّقَبةِ يَفُوتُ مُطلَقًا من غيرِ بَدَلٍ يَقُومُ مَقامَه؟ فإنَّ ذلِكَ إنّما يكونُ عندَ هَلاكِ المبِيعِ في يَدِ

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ١: ٣٤٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٢٨٧. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٩١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٦٢٦.

(٣) تقدَّم تخريجه.

العَبْدِ أَوْ خُسْرانِه، وحَقُّ الدَّيْنِ لا يَفُوتُ مُطلَقًا؛ لإمْكانِ بَقاءِ الدَّيْنِ في ذِمّةِ العَبْدِ مُتَّبَعًا بِهِ بَعْدَ العِتْق.

ولا يَخْفَى أنّ ضَرَرَ الإبطالِ أَتَمُّ من ضَرَرِ التأخِير، وعلى هَذا فالخَبَرُ يكونُ حُجّةً لَنا، وأمّا أَرْشُ الجِنايةِ فلا نُسَلِّمُ أنّها تَتَعَلَّقُ برَقَبةِ العَبْدِ الجانِي، بَلْ بذِمَّتِهِ على رَأْيٍ لَنا، ويُتَّبَعُ بها بعدَ العِتْق.



مسائل الهبة

[٨١] ـ مسألة [هبة المشاع القابل للقسمة]

هِبةُ المشاع القابِلِ للْقِسْمةِ صَحِيحة، ويُفيدُ المِلْكَ قبلَ القِسْمةِ[١]، خِلافًا لَهُمْ، فإنّهُمْ قالُوا: لا يُفيدُ المِلْكَ قبلَ القِسْمة، ويُفيدُهُ بعدَ القِسْمةِ[٢]، ومن أصْحابِهِمْ مَنْ قالَ بفَسادِها[٣].

وأجْمَعْنا على صِحّةِ الهِبةِ وإفادَتِها للْمِلْكِ في المشاعِ الذِي لا يَقْبَلُ القِسْمة.

ودلِيلُنا أنّ عِلّةَ إثْباتِ المِلْكِ في الأصْلِ إنْ لَمْ تكُنْ مَوْجُودةً في الفَرْعِ كانَتْ قاصِرةً باطِلةً بالإجْماعِ من الفَرِيقَيْن، وإنْ كانَتْ مَوْجُودةً فيه لَزِمَ الحُكْم.

فإنْ قِيل: أمّا ما يَتَعَلَّقُ بالقُصُورِ فقَدْ سَبَقَ ما فيه في مَسألةِ زكاةِ الصَّبيّ.

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الأصلِ في الفَرْع، غَيْرَ أنّهُ يَمْتَنِعُ الحُكْمُ بإثباتِ المِلْك؛ لأنّهُ لَوْ ثَبَتَ إمّا أنْ يَثْبُتَ على وَجْهٍ لا يُفيدُ جَوازَ القِسْمة، أو على وَجْهٍ يُفيدُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٨٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٤.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٢١. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤١٦.

(٣) قال سبط ابن الجوزي: «وبعض المشايخ يقول: هي فاسدة، وليس كذلك». «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤١٦.

والأوَّل: خِلافُ الإجْماع.

والثّاني: يَلْزَمُ منهُ الضَّرَرُ في حَقِّ الواهِبِ بإلْزامِهِ مُؤْنةَ القِسْمةِ وتَسْلِيطِ المتَّهِبِ على مُطالَبةِ الواهِبِ بذَلِك، مع أنّ الأصلَ عَدَمُ رِضاهُ به، وذلِكَ مُسْتَنِدٌ إلى المِلْكِ المقْبُوض؛ إذِ الأصلُ عَدَمُ ما سِواه، وهو مُناسِبٌ لانتِفاءِ المِلْك.

والشّاهِدُ لهُ بالِاعتِبارِ ما قَبْلَ القَبْض، وهَذا غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ في هِبةِ ما لا يَقْبَلُ القِسْمة، فكان المِلْكُ ثابتًا فيه.

والجوابُ عن الِاعتِراضِ علَى القُصور ما سَبَق.

وعن المعارَضة بمنْعِ ما ذكرُوهُ من لُزُومِ الضَّرَر؛ فإنّ الظاهِرَ والغالِبَ عَدَمُ إقْدامِ المتَّهِبِ على طَلَبِ القِسْمة، إمّا رِعايةً للْواهِبِ حيثُ أحْسَنَ إليه، أوْ خَوْفًا من رُجُوعِهِ في الهِبة، وَيكونُ مَعذُورًا فيه في نَظَرِ أهْلِ العُرْف؛ [ب/٦٨] حيثُ إنه قابَلَ إحْسانَهُ بالإساءة.

وبِتَقْدِيرِ إقْدامِ المتَّهِبِ على طَلَبِ القِسْمةِ فلا ضَرَرَ فيها؛ لكَوْنِها مَجْبُورةً بما فيها من إكْمالِ المنْفَعةِ بالإقْرار، وبِتَقْدِيرِ كَوْنِها مَضَرّةً، غَيْرَ أنّ إقْدامَ الواهِبِ على الهِبةِ والإقْباضِ ـ مع عِلْمِهِ بلُزُومِ ذلِكَ لَهُ ـ يَدُلُّ على رِضاهُ بذَلِك، وأنّ المصْلَحةَ في ذَلِكَ راجِحةٌ على ضَرَرِه، فلا يَكُونُ ما ذكروهُ مُناسِبًا.

وإنْ سَلَّمْنا المناسَبةَ فلا يُمْكِنُ الِاعتِبارُ بما قَبْلَ القِسْمة؛ لأنّ عَدَمَ المِلْكِ ثَمَّ إنّما كان مُسْتَنِدًا إلى عَدَمِ وُجُودِ السَّبَب، فإنّهُ من المناسِبِ أنْ يَكُونَ إثْباتُ اليَدِ مُعْتَبَرًا في إفادةِ المِلْك؛ لزِيادةِ إفْضاءِ ذلِكَ إلى مَقاصِدِ المِلْك، وهو غَيْرُ مَوْجُودٍ فيه.

كَيْفَ وأنّ الأصْلَ إنّما هو انتِفاءُ الحُكْم؛ لانتِفاءِ سَبَبِه، حَذَرًا من مَحْذُورِ المعارَضة؟

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ السَّبَبِ غيرَ أنّ ضَرَرَ إثْباتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ أَتَمُّ منهُ بَعْدَه، وذلِكَ لأنّ ضَرَرَ المطالَبةِ بتَسْلِيمِ المَمْلُوكِ بتَقْدِيرِ نَدَمِ الواهِبِ أغْلَبُ من ضَرَرِ المطالَبةِ بالقِسْمة؛ لتَأتّي حُصُولِ أكْثَرِ الانتِفاعاتِ قَبلَ القِسْمة، بخِلافِ ما قبلَ التَّسْلِيمِ وَأزْيَد، من حَيْثُ إنّ الفائِتَ عليهِ بالمطالَبةِ بالتَّسْلِيم بتَقْدِيرِ نَدَمِهِ عين الموهوب، وهو فوْقَ الضَّرَرِ اللازِمِ لَهُ من القِسْمةِ بتَقْدِيرِ المطالَبةِ بها.



[٨٢] ـ مسألة [الهبة من الأجانب]

الهِبةُ من الأجانِبِ بعدَ القَبْضِ لا يَتَمَكَّنُ الواهِبُ من الرُّجوعِ فيها، ويَتَمَكَّنُ من الرُّجُوعِ في هِبَتِهِ لوَلَدِهِ إذا لَمْ يَتَعَلَّقْ بها حَقُّ الغَيْرِ(١)، خِلافًا لَهُمْ في الطَّرِيقَيْنِ(٢).

وأجْمَعْنا على أنّهُ لَوْ وَهَبَ من زَوْجَتِهِ أوْ من ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أنّهُ لا يَرْجِع، ولْنَفْرِضِ الكَلامَ في أحَدِ الطَّرَفَيْنِ وهو الهِبةُ من الأجانِب، فنَقُولُ: إذا رَجَعَ في هِبَتِهِ من الأجْنَبِيِّ فمِلْكُ الأجنَبِيِّ في الموْهُوبِ باقٍ بحالِه.

وإنّما قُلْنا ذلِكَ لأنّ المقْتَضِي لبَقاءِ المِلْكِ فيما وَهَبَهُ من الزَّوْجةِ والمحارِمِ بَعْدَ رُجُوعِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا في مَحَلِّ النِّزاعِ فالعِلّةُ قاصِرةٌ باطِلة، وإنْ كانَ مَوْجُودًا فيه لَزِمَ استِمْرارُ المِلْك.

فَإنْ قِيل: أمّا القُصورُ فقَدْ عُرِفَ بما فيه، وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الأصْلِ في الفَرْعِ غَيْرَ أنّها مُعارَضةٌ بالنَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ عليهِ السَّلام: «الواهِبُ أحَقُّ بهِبَتِهِ ما لَمْ يُثَبْ»(٣).

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٨٥، ٨٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٠.

(٢) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٢٤. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٤١٩.

(٣) «سنن ابن ماجه»، كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، ٢٣٨٧، في سنده إبراهيم ابن إسماعيل، قال البيهقي: «إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو ابن دينار عن أبي هريرة منقطع». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب المكافآت، باب المكافأة في الهبة، ١٢٠٢٤. ونقل البيهقي تصحيح البخاري روايةً أخرى للحديث بزيادةٍ: =

وأمّا المعْنَى فهو أنّ عَقْدَ الهِبةِ قابِلٌ للْفَسْخ، بدَلِيلِ ما لَوْ تَوافَقا على [٦٩/أ] فسْخِه، وقَدْ فاتَ غَرَضُ الواهِبِ من الهِبة، وبيانُ ذلِكَ أنّ غَرَضَهُ من الهِبةِ إنّما هو المجازاةُ بعِوَضٍ مالِيّ.

ولذلِكَ أوْجَبَهُ الشّارِعُ بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦].

وبِقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «تَهادُوا تَحابُّوا»[١].

أمْرٌ بالمهاداةِ من الجانِبَيْن، وَهو للْوُجُوب، وذلِكَ يَدُلُّ على كَوْنِهِ غَرَضًا صالِحًا.

ولِأنّ المالَ مَحْبُوبٌ للطِّباع، والغالِبُ من العاقِلِ أنّهُ لا يُخْرِجُ مالَهُ مَجّانًا إلا في مُقابَلةِ عِوَضٍ مِلْكِيٍّ يَقُومُ مَقامَه، وقَدْ فاتَ هَذا الغَرَضُ على الواهِبِ؛ إذِ الكَلامُ فيما إذا امتَنَعَ الموْهُوبُ لَهُ من المجازاة، أوْ ظَهَرَتْ عليهِ أماراتُ ذلِك، فمن المناسِبِ أنْ يَتَمَكَّنَ الواهِبُ من الفَسْخِ والرُّجوعِ دَفْعًا للضَّرَرِ عنه، كَما لَوِ اشتَرَى عبدًا على أنّهُ كاتِبٌ فخَرَجَ غيرَ كاتِب.

والجوابُ عمّا يَتَعَلَّقُ بالقُصُور ما سَبَق.

وعن المعارَضةِ بالنَّصّ أنّهُ قَدْ خُصَّ في الأُصُول المذكُورةِ لمَعْنًى سُلِّمَ وُجُودُهُ في مَحَلِّ النِّزاعِ فامْتَنَعَ العَمَلُ به.

كَيْفَ وهو مُعارَضٌ بقَوْلِهِ عليهِ السَّلام: «لا يَرْجِعُ الواهِبُ في هِبَتِهِ إلا

= «مَن وهَبَ هِبةً فَلَم يُثَب فَهوَ أحَقُّ بِهِبَتِهِ إلا لِذي رَحِم». «السنن الكبرى» للبيهقي، ١٢٠٢٥.

(١) «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، ١١٩٤٦. قال ابن حجر العسقلاني: «إسناده حسن». «التلخيص الحبير»، ٣: ١٥٣.

الوالِدُ مع وَلَدِهِ»[1].

وهو إمّا للنَّفْيِ أوْ للنَّهْيِ.

والأوَّل يَلْزَمُ منهُ نَفْيُ جَمِيعِ ثَمَراتِهِ وأحكامِه؛ إذْ هو أقْرَبُ إلى العَمَلِ بالحَقِيقة؛ إذْ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ على نَفْيِ حَقِيقةِ الرُّجُوع.

والثّانِي يَلْزَمُ منهُ نَفْيُ الصِّحّة؛ لأنّهُ لا بُدَّ وَأنْ يَكُونَ النَّهْيُ لمَفْسَدةٍ؛ لامتِناعِ خُلُوِّ أحْكامِ الشّارِعِ عن الحِكَم، ولا بُدَّ وَأن تكونَ مَفْسَدةُ النَّهْيِ مُساوِيةً لمَقْصُودِ الصِّحّةِ أوْ راجِحةً عليه، وإلا لَما وُجِدَ النَّهْيُ؛ حَذَرًا من تَضْيِيعِ المَقْصُودِ الرّاجِح، ويَلْزَمُ من ذلِكَ اختِلالُ مَصْلَحةِ الصِّحّة، فلا صِحّة.

فإنْ قِيل: نَقُولُ بمُوجَبِ الخَبَر، فإنّـ[ـهُ] عندنا لا يَرْجِعُ الواهِب، بَلْ يَرْجِعُ الأمْرُ إلى القاضِي حَتَّى يَحْكُمَ بجَوازِ الرُّجُوع.

قُلْنا: فرُجُوعُهُ بَعْدَ حُكْمِ الحاكِمِ يَكُونُ الخَبَرُ مُتَأوَّلًا لَه.

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لَنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

كيفَ وأنّ التَّرجِيحَ لخَبَرِنا حيثُ لَمْ يُتَّفَقْ على تَخْصِيصِه، وما ذكروهُ مُخَصَّصٌ بالزَّوجةِ والمحارِم، وبِما إذا تَعَلَّقَ بالموْهُوبِ حَقُّ الغَيْر؟

وعن المعارَضةِ بالمعْنَى بمَنْعِ فواتِ غَرَضِ الواهِبِ من الهِبة، ولا نُسَلِّمُ أنّ غَرَضَهُ هو المجازاةُ بالمال؛ فإنّ ذلِكَ من صِفاتِ الأخِسّاء، والغالِبُ أنّ

---

(١) بمعناه عند أصحاب السنن: «سنن أبي داود»، أبواب الإجارة، باب الرجوع في الهبة، **٣٥٣٩**. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، **١٢٩٩**. وقال الترمذي بعده: «حسن صحيح». «سنن النَّسائي»، كتاب الهبة، رجوع الوالد فيما يعطي ولده، **٣٧٠٣**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، **٢٣٧٧**.

الهِبةَ إنّما تكونُ [ب/ ٦٩] من أرْبابِ الثَّرْوةِ والمُروءة؛ لقَصْدِ الإنْعامِ والاِمْتِنان، وَإظْهارِ المرُوءةِ والشُّكْرِ فيما بينَ النّاس؛ لتَحَقُّقِ الميْلِ إلى الواهِب، وَتَوَفُّرِ الدَّواعِي على مُناصَرَتِهِ ومُعاضَدَتِه.

والآية؛ فهِيَ ظاهِرةٌ في السَّلام؛ لتَبادُرِهِ إلى الفَهْمِ من إطْلاقِ لَفْظِ التَّحِيّة.

والخَبَر: فلا يَدُلُّ على وُجُوبِ العِوَض؛ لأنّهُ لا يَدُلُّ على وُجُوبِ الهَدِيّةِ ابتِداءً، مع اتِّحادِ لَفْظِ الخَبَرِ في الدَّلالةِ على المهاداةِ من الجانِبَين، فكذلِكَ في الجانِبِ الآخَر، وما ذكروهُ في بيانِ أنّ الواهِبَ لا يُخْرِجُ مالَهُ إلا في مُقابَلةِ عِوَضٍ مالِيٍّ فجَوابُهُ ما حَقَّقْناهُ قَبْلَ هَذا.



مسائل الوديعة

[٨٣] ـ مسألة [ضمان الوديعة إذا خان المودع ثم رجع للوفاق]

المودَعُ إذا خانَ في الودِيعةِ أوْ جَحَدَها ثُمَّ عادَ إلى الوِفاقِ يَجِبُ عليهِ ضَمانُ الوَدِيعةِ بتَقْدِيرِ تَلَفِها أوْ إتْلافِها عِندَنا(١)، خِلافًا لَهُمْ(٢).

وقَدْ نُقِلَ عَنْ بَعْضِ مَشايِخِهِمْ: أنَّهُ لا ضمانَ عليهِ بتَقْدِيرِ تَلَفِها حالةَ المخالَفة.

وأجْمَعْنا على أنَّ الغاصِبَ لَوْ عادَ إلى الأمانةِ وظَهَرَ مِنهُ قَصْدُ الحِفْظِ لِلْعَيْنِ المغْصُوبةِ على مالِكِها بصَرِيحِ مَقالِه، وقَرائِنِ أحْوالِه، حَسَبَ ما وُجِدَ من المودِعِ فإنّ العَيْنَ تكونُ مَضمُونةً عليه.

لنا أنّ عِلّةَ وجوبِ الضَّمانِ في الأصلِ المذكُورِ إنْ لَمْ تكُنْ مَوجُودةً في الفَرْعِ كانَتْ قاصِرةً باطِلةً، وإنْ كانَتْ موجودةً فيه لَزِمَ وُجُوبُ الضَّمان.

فإنْ قِيل: عِلّةُ الضَّمانِ في الأصلِ الغَصْب، وقَدْ كان الغَصْبُ مَوْجُودًا قَبْلَ قَصْدِ الغاصِبِ لِلْحِفْظِ علَى المالِك، والأصْلُ بَقاءُ ما كان، وليسَ بقاصِرٍ؛ فإنّهُ مُتَعَدٍّ إلى غَصْبِ خَمْرِ الذِّمِّيِّ عِندَنا وإن كان قاصِرًا، غيرَ أنّهُ مُخَرَّجٌ على أنّهُ عِلّةٌ للضَّمان، والعِلّةُ المُجْمَعُ عليها لا نُسَلِّمُ بُطلانَها وإنْ كانَتْ قاصِرةً.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٦٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٧. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٠١.

سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الضَّمانِ في الفَرْعِ، غيرَ أنّها مُعارَضةٌ بما يُوجِبُ نَفْيَ الضَّمانِ فيه، وذلِكَ أنّ إذْنَ المالِكِ بالحِفْظِ للْمُودَعِ كانَتْ مُطْلَقةً في جَميعِ الأزْمان، فأيُّ وَقْتٍ وُجِدَ منهُ قَصْدُ الحِفْظِ كان مَأْذُونًا لَهُ فيه؛ لمُقْتَضى الإذْنِ السّابِق، وذَلِكَ يُناسِبُ نَفْيَ الضَّمانِ عليهِ في تِلْكَ الحالة؛ لكَونِهِ أمِينًا للمالِكِ كَما قَبْلَ الخِيانةِ والجُحود.

[أ/ ٧٠] **والجَوابُ عَنِ السُّؤالِ الأوَّل**: بمنعِ وُجُودِ الغَصْبِ حالةَ قَصْدِهِ للْحِفْظِ على المالِك، وذلِكَ لأنّ من لَوازِمِ الغَصْبِ قَصْدَ الِاستِيلاءِ على مالِ الغَيْر، ومَنْعَ المالِكِ من الِانتِفاعِ بمِلْكِهِ إجْماعًا، وهو غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ في حالةِ قَصْدِهِ للْحِفْظِ على المالِك.

وعن السُّؤالِ الثّاني: بمَنْعِ إذْنِ المالِكِ للْمُودَعِ بإثْباتِ يَدِهِ على مِلْكِهِ، وحِفْظِهِ لَهُ مُطْلَقًا، بَلْ على تَقْدِيرِ بَقاءِ المودَعِ على الحالةِ التِي كان عليها عِندَ الإيداعِ؛ من ظُهُورِ الأمانةِ والجَرْيِ على مُوجَبِ الدِّيانة.

ولِهَذا جَرَتِ العادةُ بالبَحْثِ عَنْ أمانةِ المودَعِ ودِيانَتِهِ قبلَ الإيداع؛ لحُصُولِ طُمَأْنِينةِ نَفْسِ المودِعِ بذَلِك، وذلِكَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ مع ظُهُورِ الخِيانـةِ منـه، ولا سِيَّمـا بعدَ ائتِمانِـه؛ فإنّ عَدَمَ الطُّمَأْنِينةِ بالمؤْتَمَنِ الخائِنِ أبْلَغُ من عَدَمِها في حَقِّ الخائِنِ الذِي لَيْسَ بمُؤْتَمَنٍ عُرْفًا.



[٨٤] ـ مسألة [أودع مالًا عند صبي محجور]

إذا أَوْدَعَ مالًا عِندَ صَبِيٍّ مَحْجُورٍ عليهِ فأَتْلَفَهُ يَجِبُ الضَّمانُ عندنا على أَحَدِ الوَجهَينِ(١)، خِلافًا لأبي حنيفةَ(٢).

لنا أنّ عِلّةَ وُجَوبِ الضَّمانِ بالإتْلافِ قبلَ الإيداع إنْ لَمْ تكُنْ مَوْجُودةً بعدَ الإيداعِ كانتْ قاصِرةً باطِلةً، وإن كانَتْ مَوْجُودةً وَجَبَ الضَّمان.

فإنْ قِيل: ما يَتَعَلَّقُ بالعِلَّةِ القاصِرةِ فقَدْ عُرِفَ ما يَخُصُّها من الِاعتِراضات، وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ عِلّةِ الأصلِ في الفَرْعِ، غيرَ أنّها مُعارَضةٌ بما يَنْفي الضَّمان.

وبَيانُهُ من وَجْهَيْن:

الأوّل: أنّ مالَ المالِكِ الذي في يَدِ الصَّبِيِّ ناقِصٌ من وَجْه، من جِهةِ أنّ الغالِبَ من حالِ الصَّبيِّ المحْجُورِ عليهِ مَنْعُ المالِكِ مِنه؛ لمَيْلِ طَبْعِهِ إلى الِانتِفاعِ بهِ عَرِيًّا عن الإثمِ الزّاجِرِ لَه، وعَدَمِ خَوْفِهِ من سُقُوطِ ثِقةِ الناسِ بمُعامَلَتِه، بخِلافِ

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٥١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٦٦، والوجه الثاني على نفي الضمان، قال النووي: «فلو أودع مالًا عند صبي فتلف لم يضمنه؛ إذ ليس عليه حفظه، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف، وإن أتلفه الصبي فقولان، ويقال: وجهان؛ أحدهما: لا ضمان؛ لأن المالك سلّطه عليه، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه، فلا ضمان قطعًا، وأظهرهما: يضمن، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ، ولا تسليط على الإتلاف هنا». «روضة الطالبين» للنووي، ٦: ٣٢٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٨. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٣٠٣. «وسائل الأسلاف» لسبط ابن الجوزي، ص٣٩٥.

البالِغ والصَّبيِّ المأْذُونِ لَهُ في التِّجارة، ومال قائم من كُلِّ وَجْهٍ، فناسبَ نَفْيَ وُجوبِ الضَّمان؛ دَفْعًا لضَرَرِ مُقابَلةِ الناقِصِ بالزّائِدِ المنْفيِّ بقَولِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ».

الثّانِي: أنّهُ وَإنْ كان مالُ المالِكِ قائِمًا من كُلِّ وَجْهٍ إلا أنّ الغالِبَ من الصَّبيِّ ـ لِنُقْصانِ عَقْلِهِ وعَدَم الزّاجِرِ الدِّينِيِّ في حَقِّهِ ـ أنّهُ يُقْدِمُ على إتلافِ المال، ويَدُلُّ على ذلِكَ إقدامُهُ عليه، فالمالِكُ يَكُونُ راضِيًا بإتْلافِهِ حَيْثُ أَقْدَمَ على تَسْلِيمِ المالِ إليه، فناسَبَ نَفْيَ الضَّمانِ [ب/٧٠] كما لَوْ أذِنَ لَهُ في الإتْلاف، وكَما لَوْ قَدَّمَ الشعِيرَ بينَ يَدَي الدّابّةِ فأكَلَتْه.

والجوابُ عَمّا يَتعَلَّقُ بالقُصُور: ما سَبَق.

وعن المعارَضةِ الأُوْلَى في الفَرْع؛ أنّ المالَ إنْ لَمْ يَكُنْ ناقِصًا من الوَجْهِ الذِي ذَكرُوهُ فغَيْرُ مانِعٍ من وُجُوبِ الضَّمان، بدَلِيلِ ما لَوْ أتْلَفَهُ صَبيٌّ آخَرُ فإنّهُ يَجِبُ عَليهِ الضَّمان.

وعن المعارَضةِ الثّانية بمَنْعِ إقْدامِ الصَّبيِّ على إتْلافِ المالِ غالِبًا؛ لما يَتحَقَّقُهُ من التَّعْزِيرِ المؤْلِمِ من الوَلِيِّ لَه، وَلِأنّ الغالِبَ من الصَّبيِّ المميِّزِ المتَأهِّلِ للْإيداعِ عِندَهُ إنّما هو الحِفْظُ لا الإتْلاف، وإقْدامُ المالِكِ على الوَدِيعةِ عِندَهُ دَلِيلُ غَلَبةِ ظَنِّهِ بذَلِكَ؛ إذِ الظاهِرُ من حالِ المالِكِ العاقِلِ أنّهُ لا يُسلِّمُ مالَهُ إلى مَنْ يَظُنُّ هَلاكَهُ عِندَه، وإذا أَذِنَ لَهُ في الإتلافِ فهو مُحَرَّم، فناسَبَ نَفْيَ الضَّمانِ زَجْرًا لَهُ عنه.

والحُكْمُ ثابتٌ على وَفْقِه، بخِلافِ الإيداعِ عِنْدَ الصَّبيِّ فإنّهُ غيرُ مُحَرَّم، وإذا قَدَّمَ الشَّعِيرَ بَيْنَ يَدَي الدّابّةِ الأكُولةِ فقَدْ ظَهَرَ منهُ الرِّضَى بالتَّلَف؛ لكَوْنِهِ مَقْطُوعًا بهِ بخِلافِ الإيداعِ من الصَّبيّ.

[٨٥] ـ مسألة [إسلام الصّبيّ]

إسلامُ الصَّبِيِّ لا يَصِحُّ في حُكْمِ الدّارَيْنِ عِندَنا على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ(١)، والقولُ الثانِي(٢) ـ وهو مذهب الخصم ـ: أنّهُ يَصِحُّ مُطلَقًا في حَقِّ الصَّبِيِّ المميِّزِ(٣)، ولَنا قولٌ ثالِث: أنّهُ يَصِحُّ في أحكامِ الأُخْرَى دُونَ الدُّنْيا(٤).

لَنا أنّ القولَ بالصِّحّةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٧٩.، ٢: ٢٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٩.

(٢) حكى النووي في إسلام الصبي المميز ثلاثة أقوال، قال النووي رحمه الله: «وأما الصبي المميز ففيه أوجه؛ الصحيح المنصوص: لا يصح إسلامه، والثاني: يتوقف، فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام تبيَّنّا كونه مسلمًا من يومئذ، وإن وصف الكفر تبيَّنّا أنه كان لغوًا، وقد يعبَّر عن هذا بصحة إسلامه ظاهرًا لا باطنًا، والثالث: يصح إسلامه». «روضة الطالبين» للنووي، ٥: ٤٢٩.

(٣) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٥٩. «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٢٨١. «وسائل الأسلاف»، إلى مسائل الخلاف، ص٣٥١.

(٤) جعل النووي هذا القول مفرعًا على القول بعدم الصحة، قال النووي رحمه الله: «فإذا قلنا بالصحيح فقد قال الشافعي رضي الله عنه: يُحال بينه وبين أبوَيه وأهله الكفار لئلا يفتنوه، فإن بلغ ووصف الكفر، هُدِّد وطولب بالإسلام، فإن أصرَّ رُدَّ إليهم، وهل هذه الحيلولة مستحبة أم واجبة؟ وجهان؛ أصحهما: مستحبة، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منهما، فإن أبَيا فلا حيلولة، هذا في أحكام الدنيا، فأما ما يتعلق بالآخرة فقال الأستاذ أبو إسحاق: إذا أضمر الإسلام كما أظهره كان من الفائزين بالجنة، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطنًا لا ظاهرًا». «روضة الطالبين» للنووي، ٥: ٤٢٩.

فإنْ قِيلَ: دَلِيلُ الصِّحّةِ من جِهةِ النَّصِّ والمعْنَى؛ أمّا النَّصُّ فقَوْلُهُ تَعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَـٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ [النساء: ٩٤]، نَهْيٌ عَنْ رَدِّ الإيمان، فكان ما نحنُ فيه داخِلًا تَحْتَ النَّهْي.

وأمّا المعْنَى فهو أنّهُ أتَى بالإسْلامِ فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ كالبالِغِ، أمّا أنّهُ أتَى بالإسلامِ فهو أنّ الإسلامَ عِبارةٌ عَنِ الإقرارِ باللِّسانِ مع ظَنِّ الِاعتِقادِ بالجَنان، ولِهَذا يُكْتَفى بذَلِكَ في حَقِّ البالِغِ، وقَدْ وُجِدَ منهُ ذَلِك.

أمّا الإقْرارُ فظاهِر، وأمّا ظَنُّ الِاعتِقادِ فلِأنّهُ مُمْكِنٌ في حَقِّهِ ولَفْظُهُ يَدُلُّ عليه، وإذا كان آتِيًا بالإسْلامِ ناسَبَ صِحَّتَهُ مِنهُ؛ تَوْفيرًا لمقاصِدِه عليه، وتَحْقيقًا للْمَصْلَحةِ المطْلُوبةِ منه، والأصْلُ شاهِدٌ لَهُ بالِاعتِبار.

وأمّا رِدَّتُهُ فلَنا فيها مَنْعٌ وتَسْلِيم.

[أ/ ٧١] **والجَوابُ عَنِ النَّصّ**: لا نُسَلِّمُ أنّهُ أتَى بالإيمانِ لِيَصِحَّ دُخُولُهُ تَحْتَ الآية، كَيْفَ وأنّ الآيَةَ إنّما وَرَدَتْ في حَقِّ المقاتِلة، وهُمُ البالِغُونَ دُونَ الصِّبْيان؟

وعن المعْنَى بمَنْعِ إتْيانِ الصَّبِيِّ بالإسْلام.

وما ذكروهُ في تَجْريدِ الإسْلامِ غَيْرُ مُسَلَّمِ الوُجُودِ في حَقِّ الصَّبِيّ؛ لأنّ ظَنَّ الِاعتِقادِ في حَقِّهِ مَبْنِيٌّ على ظُهُورِ الِاعتِقادِ في حَقِّه، وهو غَيْرُ مُسَلَّمٍ؛ لأنّهُ لضَعْفِ عَقْلِهِ وَقُصُورِ نَظَرِهِ لا يَقِفُ على الأدِلّةِ الدّالّةِ على وُجُودِ المرْسِلِ والرَّسُول، ولا يَعْرِفُ كُنْهَ حَقِيقةِ هَذِهِ الأُمُور، بَلْ جَهْلُهُ بذَلِكَ أغْلَبُ من عِلْمِهِ به.

ومع ذلِكَ فعَلَيْهِ الظَّنُّ باعتِقادِهِ يكونُ مُمْتَنِعًا، وخَرَجَ عليهِ البالِغُ؛ فإنّهُ لكَمالِ عَقْلِهِ وَوُفُورِ نَظَرِهِ يَظْهَرُ من إقدامِهِ على الإقرارِ باللِّسانِ اعتِقادُ ما دَلَّ عليهِ لَفْظُهُ فافْتَرَقا، ولِهَذا كان الإسلامُ واجِبًا على البالِغِ دُونَ الصَّبِيّ.

مسائل النكاح

[٨٦] ـ مسألة [هل الأولى الاشتغال بالعبادة أم بالنكاح في حق غير المحتاج؟]

الاشتغالُ بنوافلِ العبادة أَوْلَى من الِاشتغالِ بالنِّكاحِ في حَقِّ غيرِ التّائِقِ[١] عندنا[٢]، خلافًا لهُمْ[٣].

لَنا أنّ العبادةَ مطلوبةٌ قَطعًا، والنِّكاحُ غيرُ مطلوبٍ قطعًا، فكانتِ العبادةُ أَوْلَى.

والوجهُ في التقرير أنّهُ لا خلاف في أنّ فِعْلَ العبادةِ مَطْلُوبٌ، بخلافِ النكاح؛ إذْ هو مكروهٌ عند الشافِعِيِّ في مَحَلِّ النزاعِ[٤]، فلَمْ يَكُنْ مُتَّفَقًا على أنّهُ مَطْلُوب.

---

(١) التوق للنكاح: الحاجة إليه. «الأم» للشافعي، ٥: ١٥٥.

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني، ٩: ١١٣. «العزيز شرح الوجيز» للرافعي ٧: ٤٦٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٥٤. قال النووي: «وإن وجد الأهبة، ولم يكن به علة لم يكره له النكاح، لكن التخلي للعبادة أفضل، فإن لم يكن مشتغلًا بالعبادة فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره، وأصحهما: النكاح أفضل كيلا تُفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش، والثاني: تركه أفضل؛ لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه، وحُكِي وجه: أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة». «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ١٨.

(٣) «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٦. «وسائل الأسلاف»، ص١٢٠.

(٤) محل النزاع هنا هو النكاح عند عدم الحاجة والتوقان، وعبارة الشافعي رضي الله عنه في حق مَن لم يَتُق للنكاح ولم يحتج له: «... فلا أرى بأسًا أن يدع النكاح، بل أحب ذلك، وأن يتخلى لعبادة الله». «الأم» للشافعي، ٥: ١٥٥.

ولا يَخْفَى أنّ المتَّفَقَ على طَلَبِ الشارعِ لَهُ أَوْلَى مِمّا لَمْ يُتَّفَقْ على طَلَبِه؛ لِزيادةِ اعتناءِ الشارعِ به؛ حيثُ كان طريقُ مَعرِفةِ طَلَبِهِ لَهُ قَطْعًا.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ الِاتفاقَ على طَلَبِ العبادةِ مع مُزاحَمةِ النكاحِ لَها؛ لمُخالَفةِ أَبِي حَنِيفةَ في ذلِك.

سلَّمْنا ذلِكَ، غيرَ أنّ النكاحَ مُخْتَلَفٌ في وُجوبِه، ومُتَّفَقٌ على انتفاءِ الوُجوبِ في نفلِ العبادة، ولا يَخْفَى أنّ اعتِبارَ الشارعِ بما اخْتُلِفَ في وُجوبِهِ أَتَمُّ مِمَّا قُطِعَ بنَفْيِ وُجُوبِه؛ لكَوْنِ الواجبِ أَوْلَى مِمّا لَيْسَ بواجِب.

سَلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على أنّ العبادةَ أَوْلَى، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على أنّ النكاحَ أَوْلَى، وبيانُهُ من وَجْهَيْن:

الأوّل: أنّهُ مُتَواعَدٌ على تَرْكِهِ بقولِه عليه السَّلام: «النِّكاحُ سُنَّتِي، فمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فلَيْسَ مِنِّي»[1].

وهو دليلُ الوُجُوب.

[ب/ ٧١] ومأمورٌ بهِ بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣].

---

(١) «سنن ابن ماجه»، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح، ١٨٤٦. ولفظه عند ابن ماجه: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني»، قال ابن حجر: «في إسناده عيسى بن ميمون، وهو ضعيف». «التلخيص الحبير»، ٣: ٢٥٣. وجاء في البخاري ومسلم دون قوله: «النكاح من سنتي»، في حديث النفر: «ما بال أقوام قالوا كذا وكذا؟ لكني أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني». «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ٥٠٦٣. «صحيح مسلم»، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، ١٤٠١.

وبقولِه عليه السَّلام: «تَناكَحُوا تناسَلُوا»[١].

وقولِهِ [ﷺ]: «تَزَوَّجُوا، لا تُطَلِّقُوا»[٢].

والأمْرُ ظاهِرٌ في الإيجاب، ولِهَذا وَقَعَ التَّواعُدُ على مُخالَفَةِ الأمْرِ في قولِهِ تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ﴾ [النور: ٦٣].

وَوَبَّخَ إبْلِيسَ على مُخالَفَةِ الأمْرِ بقَوْلِهِ تعالى: ﴿قَالَ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ﴾ [الأعراف: ١٢].

وذلِكَ يَدُلُّ على الوُجُوب، غيرَ أنّ الواجِبَ يَنقسِمُ إلى ما هو واجِبٌ على الأعيان، وإلى ما هو واجِبٌ على الكِفاية، وقَدْ أجْمَعْنا على أنّهُ ليسَ واجِبًا على الأعْيان، فكان واجِبًا على الكِفاية، فكان أوْلَى من نَفْلِ العِبادة؛ إذْ لَيْسَتْ واجِبةً ولا بأحَدِ الِاعتِبارَيْن.

الثّاني: هو أنّ النِّكاحَ عَقْدٌ يَشْتَمِلُ على مَصالِحَ دِينيّةٍ ودُنْياوِيّةٍ؛ كَتَحْصِينِ الدِّين، والتَّوالُد، والتَّناسُل، والِانتِفاع بالوَلَدِ حياةً ومَماتًا، وتَحقِيقِ مُباهاةِ النَّبيِّ ﷺ، وكِفايةِ مُؤْنةِ النِّساء، والذَّبِّ عَنْهُنَّ، والنَّفَقةِ على العِيال، والسَّكَن، والِازْدِواج، والِاعتِضادِ بالعشائرِ والقبائلِ، فكان أوْلَى من العِبادةِ؛ كالقَضاءِ والإمامة.

---

(١) ورد معناه عن جماعة من الصحابة، وأما لفظه فلم أقف عليه، ومما ورد في معناه ما في «سنن النسائي»: «تَزَوَّجوا الوَلودَ الوَدودَ؛ فإنّي مُكاثِرٌ بِكُم». «سنن النسائي»، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، ٣٢٢٧.

(٢) حديث «تزوجوا ولا تُطَلِّقوا؛ فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن»، رواه علي بن أبي طالب، قال ابن الجوزي: لا يصح هذا الحديث، وفيه آفات. «الموضوعات» لابن الجوزي، ٢: ٢٧٧. ورُوِي عن أبي أمامة: «تزوج ولا تُطَلِّق؛ فإن الله يبغض الذوّاقين والذوّاقات». قال ابن حجر: «لم أجده لغير أبي يعلى، والحديث بهذا الإسناد ضعيف جدًّا». «المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية» لابن حجر، ٨: ٤٥٥.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ العبادةَ لا تَخْرُجُ عَنْ كَونِها عِبادةً مُثابًا عليها بتَقْدِيرِ فِعْلِها مع مُزاحَمةِ النِّكاحِ لَها بالإجماع، وإنْ كان النكاحُ أوْلَى منها عِندَ أبِي حَنِيفة، فكانَتْ مَطلُوبةً بقَوْلِهِ تَعالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ﴾ [البقرة: ٢١].

وعن الثّاني: هو أنّ احتمالَ أوْلَوِيّةِ النكاحِ إنّما نَشَأتْ مِنِ احتِمالِ كَوْنِهِ واجِبًا، وليسَ ذلِكَ بقَطْعِيٍّ؛ لوُقُوعِ الخِلافِ فيه، واحتمالُ أوْلَوِيّةِ العِبادةِ تَنْشَأُ من طَلَبِها، وهو قَطْعِيّ، ولا مُساواةَ بينَ القَطْعِيِّ وما لَيْسَ بقَطْعِيّ.

وعن المعارَضةِ الأُولَى بمَنْعِ وُجوبِ النكاح.

وما ذكروهُ من الخَبَرِ الأوَّلِ فالمرادُ بِهِ أنّ شَرْعَ النكاحِ من [الـ]ـسُّنَنِ لا نَفْسُ فِعْلِ النكاح، ولِهَذا قال: «فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فلَيْسَ مِنِّي»[1].

معناهُ مَنْ لَمْ يَعْتَقِدْ شَرْعِيّةَ النكاحِ فلَيْسَ مِنِّي، أي: من أهْلِ دِينِي ومِلَّتِي، ومَنْ تَرَكَ واجِبًا ـ ولا سِيَما إذا كان مُخْتَلَفًا فيه ـ لا يَخْرُجُ بذَلِكَ عَنِ المِلّةِ الإسلامِيّة.

وقولُهُمْ: إنّهُ مَأْمُورٌ به؛ لا نُسَلِّمُ وُجودَ الأمْر، وَصِيغةُ (افْعَلْ) كَما أنّها قَدْ تَرِدُ للْأمْرِ فقَدْ تَرِدُ ويُرادُ بها التَّهْدِيدُ والإباحةُ، والتَّعْجِيزُ والتَّخْيِيرُ، وغيرُ ذلِك، وليسَ جَعْلُها حقِيقةً في الأمْرِ أوْلَى من غَيرِه. [أ/ ٧٢]

وإنْ سَلَّمْنا وُجودَ الأمْرِ فلا نُسَلِّمُ أنّهُ ظاهِرٌ في الوُجُوب، فإنّهُ كما أنهُ قَدْ يَرِدُ للْوُجوبِ وقَد يَرِدُ للنَّدْب، فيَجِبُ جَعْلُهُ ظاهِرًا في القَدْرِ المشْتَرَكِ بينَ الوُجُوبِ والنَّدْب، وهو طَلَبُ الفِعلِ لا غَيْرُ؛ نَفْيًا للتَّجَوُّزِ والاشتِراكِ عن اللفظ.

---

(١) تقدم تخريجه.

وما ذكروهُ من التحذِيرِ والتوبيخِ في الآيَتَيْنِ فهو دَلِيلُ أنّ ما اقْتَرَنَ بِهِ ذلِكَ فهـو أمْرُ وُجُوبٍ؛ لامْتِناعِ ذلِكَ فيمـا لَيْسَ بواجِب، ولا يَلْزَمُ من ذلِكَ أن يكونَ مُطْلَقُ الأمْرِ بالوُجوب، بدليلِ وُرُودِهِ في المندُوبات.

سلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتُمُوهُ على وجوب النكاح، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بقَولِه عليهِ السَّلام: «أحَبُّ المباحاتِ إلى اللهِ النِّكاحُ»[1].

سَمّاهُ مُباحًا، والمباحُ ليسَ بواجِب.

وليسَ مَعْنَى كَوْنِهِ مَحْبُوبًا إلى اللهِ تعالى أنّهُ مَطلُوبٌ لَه، ومأمورٌ به، وإلا لَخَرَجَتْ جَمِيعُ المباحاتِ عن حقيقةِ الإباحة؛ ضَرُورةَ مُشارَكَتِها للنكاحِ في أصْلِ المحْبُوبيّةِ وَهِيَ الطلب، بل معناهُ أنّهُ لا يَقَعُ دِينًا ومَعاشًا.

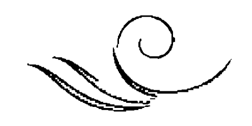
وعن المعارضةِ الثانية أنّ ما ذكروهُ من المصالِحِ مُعارَضٌ بما يَلْزَمُ عَنِ النكاحِ من المفاسِدِ؛ كَمَشَقّةِ الِاكتِسابِ للإنفاقِ على المرأةِ والعِيال، وتَقَلُّدِ المظالِمِ في ذلِك، ومِلْكِ الحَجْرِ على المرأة، وذُلِّها بالِاسْتِفْراش، واتخاذِها مَصَبًّا لفَضْلةِ مائِه، وبتَقْدِيرِ مُساواةِ هذِهِ المفاسِدِ لما ذَكروهُ من المصالِحِ ورُجْحانِها لا يكونُ ما ذَكرُوهُ مُناسِبًا.

كَيْفَ وأنّ جَمِيعَ ما ذكرُوهُ من المصالِحِ لَيسَتْ من مَقاصِدِ النِّكاح؛ لصِحّةِ النِّكاحِ دُونَها؟ وإنْ سَلَّمْنا أنّها من مَقاصِدِ النكاح، غيرَ أنّها هِيَ التِي كان النكاحُ مَطلُوبًا لَها، وإنّما تكونُ مُوجِبةً للتَّرْجِيح أنْ لَوْ كان كُلُّ ما في العِبادةِ مَوْجُودًا في النِّكاحِ وهو مُتَرَجِّحٌ بها، ولَيسَ كَذَلِكَ؛ لجَـوازِ اختِصاصِ العبـادةِ بمـا لا وُجودَ لَهُ في النِّكاح.

---

(١) لم أقف على هذا الحديث في الكتب الحديثية، حتى كتب الموضوعات منها، وهو متداوَل في كتب الخلافيات الفقهية.

وإنْ سَلَّمْنا مُناسَبةَ ما ذكروه، غَيْرَ أنّهُ لا يُمْكِنُ الِاعتِبارُ بالقَضاءِ والإمامة؛ فإنّا لا نُسَلِّمُ أنّ القَضاءَ والإمامةَ أوْلَى من العِبادة، إلا أنْ يَتَعَيَّنَ لذَلِكَ؛ لكَونِهِ واجِبًا، وَوُجُوبُ النِّكاحِ غَيْرُ مُسَلَّم، واللهُ أعلم.



[٨٧] ـ مسألة [ولاية الحرة البالغة عقدة النكاح]

الحرةُ العاقِلةُ البالِغةُ لا تَلِي عُقدةَ النكاحِ لا مُتأصِّلةً / ولا نائِبةً عندنا[١]، [ب/ ٧٢] خلافًا لأبي حنِيفةَ[٢].

وإنما قلنا ذلك لأنّ القولَ بصحّةِ نِكاحِها يَلزَمُ مِنهُ إلغاءُ ما دَلَّ الدليلُ على اعتبارِه، وهو ممتنِعٌ، فلا صِحّة.

وبيانُ ذلك أنهُ لو صَحَّ تصرُّفُها لكان مُعَلَّلًا بالقَدْرِ المشترَكِ بينَ تَصَرُّفِها وتصرُّفِ الوليِّ من الأهلِيةِ والمحلِّية؛ إذ هو مناسبٌ له.

ويلزمُ مِن استقلالِ الأوصافِ المشتركةِ بالتعليل في محلِّ النزاع استقلالُها في حقِّ الولي، وفي ذلك إلغاءُ ما اخْتَصَّ بتصرفِ الوليِّ من زيادةِ المصلحةِ الحاصلةِ بنظرِه المستنِدِ إلى كمالِ عقلِه بالنسبةِ إلى المرأةِ على ما قال عليه السلام: «النِّساءُ ناقِصاتُ عَقْلٍ وَدِينٍ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٣٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٧٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٦٩. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٦٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٣٨.

(٣) ما أورده المصنف جزء من حديث في «صحيح البخاري»، عن أبي سعيد الخدري قال: خَرَجَ رَسولُ اللهِ ﷺ في أضحَى أو فِطرٍ إلَى المُصَلَّى، فَمَرَّ عَلَى النِّساءِ فَقالَ: «يا مَعشَرَ النِّساء، تَصَدَّقن؛ فَإنّي أُريتُكُنَّ أكثرَ أهلِ النّارِ»، فَقُلنَ: وبِمَ يا رَسولَ اللهِ؟ قالَ: «تُكثِرنَ اللَّعن، وتكفُرنَ العَشير، ما رَأيتُ مِن ناقِصاتِ عَقلٍ ودينٍ أذهَبَ للبِّ الرَّجُلِ الحازِمِ مِن إحداكُنَّ»، قُلنَ: وما نُقصانُ دينِنا وعَقلِنا يا رَسولَ اللهِ؟ قال: «أليسَ شَهادةُ المَرأةِ مِثلَ نِصفِ =

ورجوليَّته التي هي مظِنَّةُ كمالِ البحثِ عن مقاصدِ النكاحِ المتعلقةِ بالزوج من كفايةٍ وخِلْقة، وقيامِه بموجباتِ النكاح؛ لما جَرَتْ به العادةُ من مخالَطاتِ الرجالِ للرِّجالِ دون النساء، مناسبتها للصحة وقِران الحكمِ بها، وهو ممتنِع.

فإن قيل: إنما يلزمُ استقلالُ الأوصافِ المشتركة بالتعليلِ أن لو لم يكن في الفرعِ معنًى يختصُّ به له مَدْخَلٌ في التعليل، وليس كذلك.

وبيانُه من جهةِ الإجمالِ والتفصِيل:

أما الإجمال فإنه يجبُ اعتقادُ ذلك حتَّى لا يُفْضِي إلى التعلِيلِ بالأوصاف المشتركةِ إلى ما ذكرتموه من المحذُور.

وأما التفصيل فهو ما اختَصَّتْ به المرأةُ من كمالِ شفقتِها على نفسِها؛ فإنّ شفقةَ الإنسانِ على نفسِه أتمُّ من شَفَقةِ غيرِه عليه، على ما يشهدُ بِهِ العرفُ والعادة، وذلك مناسبٌ للصِّحة، فيَمتَنِعُ إخراجُه عن التعلِيل.

سلَّمنا استقلالَ الأوصافِ المشتركة بالتعلِيل، ولكن لا نُسَلِّمُ أنه يَلزَمُ من ذلك إلغاءُ مَصْلَحةٍ زائدةٍ في تَصَرُّفِ الوليّ، ولا نُسَلِّمُ أنّ عقلَهُ أكملُ من عَقْلِ المرأة.

أمّا الغَرِيزيُّ فظاهِر، ولهذا استويا في التكليفِ بالمعارفِ الدينيّةِ المفتقِرةِ إلى الأدلةِ القطعية، ووجوبِ الحدودِ والزواجرِ عليهما، والتصرفاتِ المالية.

= شَهادةِ الرَّجُلِ؟»، قُلنَ: بَلَى. قالَ: «فَذَلِكِ مِن نُقصانِ عَقلِها، أَلَيسَ إذا حاضَت لَم تُصَلِّ ولَم تَصُم؟»، قُلنَ: بَلَى. قالَ: «فَذَلِكِ مِن نُقصانِ دينِها». «صحيح البخاري»، كتاب الحيض، باب مباشرة الحائض، ٣٠٤. «صحيح مسلم»، كتاب الإيمان، باب بيان نقص الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله ككفر النعمة والحقوق، ٨٠.

وأما التجريبي[1] فهو أنّ تجربةَ الرجل وإن كانت أكثرَ من تجربةِ المرأةِ في غيرِ النكاحِ فلا نُسَلِّمُ ذلك، والنكاحُ لزيادةِ اعتنائِها به وشدةِ حاجتِها إليه، وعلى هذا فيجب تأويلُ ما ذكرتموهُ من الخبرِ بنقصانِ الديةِ، أو نقصانِ العقلِ [٧٣/أ] التجريبي في غيرِ النكاح.

سلَّمنا ذلك، ولكنْ لا يخفى ما يَرِدُ على ما ذكرتموهُ من الأسولةِ الواردةِ في مسألةِ الخارجِ النجِس.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على عدمِ الصحة، لكنَّهُ مُعارَضٌ بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

أضاف النكاحَ إليهنَّ، ونهى عن منعِهِنَّ مِنه، ولولا صِحَّتُهُ منهُنَّ لَما كان كذلِك.

وبما رُوِيَ أنّ امرأةً أتَتِ النبيَّ ﷺ وقالت: إنّ أبِي زَوَّجَنِي مِنِ ابنِ أخٍ لَه، وإنِّي لَهُ كارِهة، فقال لها النبي ﷺ: «انكحِي مَن شِئْتِ»[2].

والجوابُ عَنِ السؤالِ الأوَّل بمنعِ وجودِ معنًى في الفرعِ له مَدخلٌ في البابَيْن، وما ذكروهُ في بيانِ ذلك من الإجمالِ فقد سَبَقَ جوابُهُ في الخارجِ النجِس.

وأما التفصيلُ فجوابُهُ من وَجْهَين:

الأوَّل: أنّ زيادةَ نفقتِها على نفسِها مُعارَضٌ باستيلاءِ الحياءِ عليها، وفَرْط الشهوة؛ فإنّ كُلَّ واحِدٍ منهما مانعٌ مِنِ استيفاءِ النَّظَر.

---

(١) ورد في المخطوط: «التجربين»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) «السنن الكبرى» للنسائي، كتاب النكاح، النهي عن أن تنكح البكر حتى تستأذن، والثيب حتى تستأمر، ٥٣٥٩.

الثّاني: أنّ ما يَحصُلُ بزيادةِ نفقتِها على نفسِها من المصلحةِ مما يُمكِنُ حصولُهُ بمبالغةِ الوليِّ في النظر، وما يحصلُ بكمالِ عَقْدِ الوليِّ لا يَحصُلُ بنَظَرِها لنفسِها بعقلِها الناقِص.

وعن الثاني ما ذكرناه.

قولهم: العقلُ الغريزيُّ لا تَفاوُتَ فيه، ليس كذلك؛ فإنّهُ عَرَضٌ من الأعراض، فلا تمتنعُ فيه الشِّدّةُ والضعفُ، والزيادةُ والنُّقصان، ويجِبُ اعتقادُ ذلك؛ عَمَلًا بظاهِرِ الخبر؛ فإنّ التأويلَ على خلافِ الدليل، والتسويةُ بين المرأةِ والرجلِ فيما ذكروهُ فغيرُ صحيح؛ فإنّ ذلك مَبْنِيٌّ على كثرةِ الممارسةِ والمخالطةِ للرِّجال، ولا يخفى أنّ ذلك في حَقِّ الرجالِ أكثر.

وعن الأسوِلةِ المذكورة في الخارجِ النجسِ ما سَبَقَ ثَمَّ أيضًا.

وعَنِ المعارضةِ بالآية؛ أنّ المرادَ بالعَضْلِ المنهِيِّ عنهُ إنما هو امتناعُ الأولياءِ من التزْويج، ويدلُّ على ذلك سببُ ورودِ الخبر؛ فإنهُ وَرَدَ في قِصّةِ مَعْقِل بنِ يَسار[1] حيثُ امْتَنَعَ من تَزوِيجِ أختِه[2]، وقد كان زَوَّجَها من رَجُلٍ فطَلَّقَها، فلمّا انقَضَتْ عِدَّتُها خَطَبَها ثانِيًا، فلَمّا سَمِعَ معقلٌ قال: زَوَّجْتُكَ أختِي فطَلَّقْتَها! واللهِ لا زَوَّجْتُكَ أبدًا، فنَزَلَتْ هذه الآيةُ[3]، فقَرَأها رسولُ الله ﷺ [ب/٧٣] على معقل، ....

(١) معقل بن يسار المزني، صاحب رسول الله ﷺ، شهد بيعة الحديبية، سكن البصرة وابتنى بها دارًا، وروى عنه جماعة من أهل البصرة، توفي بها آخر خلافة معاوية، وقيل: في أيام يزيد. «الاستيعاب في معرفة الأصحاب»، ٣: ١٤٣٢.

(٢) واسمها جميل ابنة يسار، وزوجها أبو البداح، وقيل: فاطمة بنت يسار.

(٣) هذا ما صدَّر به الطبري، وقد نقل عن قوم آخرين أن جابر بن عبد الله وأخته هما سبب نزول الآية. «تفسير الطبري»، ٥: ١٧، ٢١.

فقال معقل: رَغِمَ أَنْفي لأَمْرِ رَبِّي[١].

والمرادُ من قولِهِ: ﴿أَن يَنكِحْنَ﴾: أن يَصِرْنَ ذَواتِ أزواجٍ، ويجبُ الحملُ عليهِ دفعًا للتَّهافُتِ في كلامِ الشّارعِ، ولا يلزمُ من كَونِ صَدْرِ الآيةِ خِطابًا للأزواجِ أن يكونَ الخِطابُ الثاني مَعهُمْ أيضًا؛ ليكُونَ النهيُ عن العَضْلِ نهيًا عن المنعِ من التزويجِ، بَلْ جازَ الخِطابُ الثانِي أن يكونَ خِطابًا مع غيرِ الأزواجِ من الأولياءِ كَما في قولِه تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فإنَّهُ خِطابٌ مع غيرِ السّاداتِ، وإن كان صدرُ الآيةِ خِطابًا مع السّاداتِ.

وعلى ما ذكروهُ من مَعْنَى إضافةِ النكاحِ إلى النِّساءِ أن يَصِرْنَ ذَواتِ أزواجٍ يخرجُ الجوابُ عَنِ الخبرِ أيضًا.

ثمَّ ما ذكروهُ مُعارَضٌ بما رَوَى هِشامُ بْنُ عُرْوةَ عَنْ أبيهِ عَنْ عائشةَ عَنِ النبيِّ ﷺ أنه قال: «أيُّما امرأةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّها فنِكاحُها باطِلٌ باطِلٌ باطِل، فإنْ مَسَّها فلَها المهرُ بما استَحَلَّ من فرْجِها، فإنِ اشْتَجَرُوا فالسُّلطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ»[٢].

ومع التعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناه، على أنّ الترجيحَ لكونِهِ صريحًا في البطلان، وأنّهُ غيرُ مُخَصَّص، بخِلافِ ما ذكروهُ فإنّهُ غيرُ صَرِيحٍ في البطلان، ومُخَصَّصٌ بالأمةِ والمكاتبةِ والمجنونة.

---

(١) «أحكام القرآن» للشافعي، جمع البيهقي، ١: ١٧٣. «تفسير الطبري»، ٥: ١٧، «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، ٥١٣٠.

(٢) «سنن الترمذي»، أبواب النكاح عن رسول الله ﷺ، باب، ١١٠٢، وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن». «سنن أبي داود»، كتاب النكاح، باب في الولي، ٢٠٨٣. «سنن ابن ماجه»، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ١٨٧٩.

فإنْ قِيل: راوِي هذا الخبرِ عائشة، وقَدْ عَمِلَتْ بخلافِ ما رَوَتْ، حيثُ زَوَّجَتِ ابنةَ أخِيها عبدِ الرحمنِ[١]، فدلَّ على عدمِ صِحَّتِه.

وقد قالَ يحيى بنُ مَعِين: ثلاثةُ أحاديثَ لا ثبت لها في الإسلام، وعَدَّ هذا الخبرَ من جُملتِها[٢].

وإنْ صَحَّ فلا نُسَلِّمُ عُمُومَهُ بالنسبةِ إلى كلِّ نِكاح، وإن عَمَّ كُلَّ نكاح، لكِنَّهُ مشترَكُ الدِّلالةِ من حيثُ إنّ مفهومَهُ يَدُلُّ على الصحةِ عندَ إذنِ الوليِّ لها في التزويج، وهو من صُوَرِ النِّزاع.

وإن سُلِّمَ دلالتُه على البطلانِ مُطلقًا، لكِنَّهُ في حَقِّ امرأةٍ لها وَلِيّ، والمرأةُ في مَحَلِّ النِّزاعِ وَلِيُّها نفسُها ولا وَلِيَّ لها، فالقول بموجب الخبر يكونُ مُتَّجِهًا.

قُلنا: مخالفةُ عائشةَ للخبرِ فغيرُ صَحيح، وإضافةُ التزويجِ إليها كان بمعنى أنّها الآمِرةُ لا عاقدةٌ [٧٤/أ] لَه، ولهذا فإنها كانتْ تَحْضُرُ عقودَ الإملاكاتِ وتخطِب، فإذا آلَ الأمرُ إلى العَقْدِ تَقول: «اعقِدُوا؛ فإنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ»[٣].

وعدمُ وقوفِ يحيى بنِ مَعينٍ على صحَّتِه لا يَدُلُّ على عدمِ صِحَّتِه.

وأمّا منعُ العمومِ في كل نكاحٍ فغيرُ صَحِيح، وذلك لأنّهُ لو كان المرادُ بهِ نكاحًا واحدًا فإمّا مُعَيَّنٌ أو مُبْهَم.

---

(١) «الموطأ»، كتاب النكاح، باب ما لا يبين من التمليك، ١٤. وقال البيهقي: «إنما أريد به أنها مهّدت تزويجها، ثم تولى عقد النكاح غيرها، فأضيف التزويج إليها؛ لإذنها في ذلك وتمهيدها أسبابه». «السنن الكبرى» للبيهقي، ٧: ١٨٣.

(٢) لم أقف على هذا النص، ونقل ابن الملقن عن ابن معين: «إنه أصح حديث في الباب». «خلاصة البدر المنير»، ٢: ١٨٧.

(٣) «التمهيد» لابن عبد البر، ١٩: ٨٥.

والأول: غير واقِعٍ من دلالةِ لفظِ الخبر.

والثاني: يلزمهُ الإجمال، وهو خِلافُ الأصل، فلم يَبْقَ غيرُ التفهُّم.

وأمّا المفهومُ فلا نُسَلِّمُ كونَهُ حجةً، وإن كان لكن فيما لم يخرُجْ منطوقُهُ مخرَجَ الأعمِّ الغالب، ولا يخفى أنَّ الغالبَ من المرأةِ أنها لا تَسْتَقِلُّ بتزويجِ نفسِها إلا مع عَدَمِ إذنِ الأولياء.

وأمّا القولُ بالموجبِ فغيرُ صحيحٍ على ما ذكروه؛ فإنه ما مِنِ امرأةٍ إلا ولها وَلِيٌّ علَى ما قال في آخِرِ الخَبَر: «فَإِنِ اشْتَجَرُوا فالسُّلطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ».



[٨٨] ـ مسألة [تزويج الأب البالغة دون استئذانها]

تزويجُ الأبِ أوِ الجَدِّ البِكرَ البالِغةَ دُونَ استِئذانِها وَإذنِها صحيحٌ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمعنا على الصِّحّةِ مع الاستِئذانِ والسُّكوتِ[٣].

لنا أنَّ المقتضِي للصِّحّةِ حالةَ الاستئذانِ والسكوتِ إن لم يكن موجودًا حالةَ عدمِ الاستِئذانِ والإذنِ أو هو موجودٌ فيها.

والأول: يَلزمُ مِنهُ القُصُورُ في العلة، وهي باطِلة.

والثاني: يلزم منه الصحة.

فإن قِيل: أمّا القُصورُ فقَدْ عُرِفَ ما يَرِدُ عليهِ في زكاةِ الصَّبِيّ.

وإن سَلَّمْنا وُجودَ العِلةِ في الفرعِ لَكِنَّها مُعارضةٌ بالنَّصِّ والمعنَى؛ أما النَّصُّ فقولهُ عليهِ السَّلام: «البكرُ تُسْتَأْمَرُ، وإذنُها صُماتُها»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٣٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٨٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧١. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف، ص١٣٢.

(٣) «الهداية في شرح بداية المبتدي»، ١: ١٩١.

(٤) بمعناه في «صحيح البخاري»، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، ٦٩٤٦. «صحيح مسلم»، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ١٤١٩.

وقولُهُ [ﷺ]: «النِّساءُ يُشاوَرْنَ في أبْضاعِهِنَّ»[١]، وهو عامٌّ لمَحَلِّ النِّزاع.

وأيضًا ما رُوِيَ عنهُ [ﷺ] أنّ بكْرًا قالت لهُ: يا رسولُ الله [ﷺ]: إنّ أبِي زَوَّجَنِي من رَجلٍ وأنا لهُ كارِهة، فقال لها: «انكِحِي مَنْ شئت»، وقال: «أرَدْتُ أن أُعْلِمَ الآباءَ أنْ لَيْسَ لهُمْ من أُمُورِ بناتِهم شيءٌ»[٢].

فكلُّ هذِهِ الأخبارِ تَدُلُّ على نفيِ الإجبار.

وأمّا المعنى فهو أنّها مع عدمِ الاستئذانِ والإذنِ يحتملُ أن تكونَ ساخِطةً وغيرَ راضيةٍ بالتزويج، وذلك مِمّا يُوجِبُ اختلالَ مقاصِدِ النِّكاحِ وعدمَ الأُلْفةِ بينَ الزوجَين، ولا سيما إن أظهرت السُّخطَ والكراهة، وذلِكَ يُناسِبُ نَفْيَ الصِّحة.

والشاهِدُ لهُ بالاعتبارِ تَزْوِيجُ الأخِ لها من غَيرِ استئذانٍ ولا إذن، [ب/٤٤] وهذا المعنَى غيرُ مُتَحقِّقٍ مع استئذانِها وسُكوتِها؛ فإنّ الغالِبَ إنّما هو الرِّضَى وعدمُ السُّخطِ على ما هو المتعارَفُ من الأبكار، ولولا ذلك لَأظهرَتِ الإنكارَ؛ لعدَمِ المحذُورِ في ذلِك.

والجوابُ عَنِ الخَبَرِ الأوَّلِ والثّانِي أنّهُ يجِبُ حملُها على نَدْبيّةِ الِاستئذانِ دُونَ الِاشتراطِ، حَتَّى لا يُفْضِي إلى التَّعارُضِ في الفَرعِ بينَ الأدِلّة.

وعن الخبر الثالث: أنّهُ يَجِبُ حَمْلُ قولِه: «أرَدْتُ أن أُعْلِمَ الآباءَ أنْ لَيْسَ لهُمْ من أُمُورِ بناتِهم شيءٌ» على نفيِ التزويجِ من غيرِ كُفْؤٍ ولا مَهْرٍ حتَّى لا يُفْضِي إلى التَّعارُضِ والتَّخصِيصِ بالصِّغار.

---

(١) جزء من الحديث السابق بمعناه، بيد أنه في «صحيح مسلم» دون لفظ «أبضاعهن».

(٢) تقدم تخريجه.

وعَنِ المعنَى أنّ الغالِبَ إنّما هو احتِمالُ الرِّضَى بتَصَرُّفِ الأبِ والجدّ؛ لأنّها عاقِلة، والغالِبُ أنّ الأبَ لا يُزَوِّجُها إلا بما يراهُ أصلحَ لها وأجود، فتكونُ راضِيةً بذلِكَ غالبًا.

وبتقديرِ إظهارِها للسُّخْطِ وعدمِ الرِّضَى فهو مَرجُوحٌ بالنظرِ إلى ما يراه الأبُ والجدُّ من المصلحةِ المقتضِيةِ للصِّحّة؛ نَظَرًا إلى كَمالِ عَقْلِهِ ونُقْصانِ عَقْلِها كما سَبَقَ في المسألةِ التِي قبلها، فلا يكونُ ذلِكَ مُناسِبًا.

وبتقديرِ مُناسبَتِهِ فلا بُدَّ لَهُ من شاهدٍ بالاعتبار، والأخُ إمّا أن لا يَكُونَ المقتضِي للصِّحةِ في حَقِّهِ موجودًا في الصورةِ المفرُوضةِ أو يكون.

فَإنْ كان الأولَ فالحكمُ إنّما انتفَى لانتفاءِ ما يَقْتَضِيهِ، لا لما ذكروهُ من المعارِضِ، وهو الأصلُ؛ نَفْيًا للتَّعارُضِ بينَ الأدِلة، وإن كان موجودًا إلا أنّهُ مرجوحٌ بالنَّظَرِ إلى ما يقتضِي الصحةَ في الفرع؛ لأنّ نَظَرَ الأبِ في حقِّ ابنتِهِ أكملُ من نَظَرِ الأخِ على ما يشهدُ بِهِ العرفُ والعادة.

وعند ذلك فلا يلزمُ من تَرَجُّحِ ما ذكروهُ من المُعارِضِ على المقتضِي في حقِّ الأخ ترجُّحُه على المقتضِي في حقِّ الأب، والله أعلم.



[٨٩] ـ مسألة [صحة تزويج الثيب الصغيرة]

البنتُ(١) الصَّغِيرةُ لا يَصِحُّ تَزْوِيجُها عندَنا(٢)، خِلافًا لأبِي حنِيفةَ(٣).

لنا أنّ الحكمَ بالصِّحّةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: دَلِيلُ الصِّحّةِ النصُّ والمعنى؛ أمّا النَّصُّ فقولهُ تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

وقولُهُ [تعالى]: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]. [أ/ ٧٥]

فيندَرِجُ فيه مَحَلُّ النِّزاع.

وأمّا المعنَى فهو أنّهُ تَصَرُّفٌ وُجِدَ من أهْلِهِ في مَحلِّه، فوَجَبَ أنْ يُقْضَى بصِحَّتِه؛ تحصيلًا للمقصُودِ الحاصِلِ من تَصَرُّفِ الأهلِ في محلِّه، كما في تزويجِ البِكْرِ الصَّغِيرة.

والجوابُ عن النَّصَّينِ بمعارضتِهِا بقولِه عليهِ السَّلام: «الثَّيِّبُ أحَقُّ بنفسِها

---

(١) الذي في المخطوط: «البنت الصغيرة»، ولعل الصواب: «الثيب الصغيرة»، كما هو ظاهر في استدلاله بحديث «الثيب أحقُّ بنفسها»، وهذا الموافق لما في كتب الخلاف بين الشافعية والحنفية، فلعله وهم من الناسخ.

(٢) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٣٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٨٤.

(٣) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣١٤. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٦١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٣٦.

من وَلِيِّها»[١].

ومعنَى الأَحَقِّيّةِ بالنفسِ اختِصاصٌ يَظهرُ أَثَرُهُ في إطلاقِ التَّصَرُّفِ لِمَنْ لَهُ الحقُّ في نفسِه، وفي مَنْعِ الغيرِ من التصرُّفِ فيه دونَ رِضاه، وحيثُ تَعَذَّرَ تَصَرُّفُ الصَّغيرةِ في نفسِها وَجَبَ ظهورُ أَثَرِ الأَحَقِّيةِ في امتناعِ تَصَرُّفِ الغيرِ دونَ رِضاها.

وبقوله [ﷺ]: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ»[٢].

والتزويجُ لهُ؛ لتناوُلِهِ للثَّيِّبِ خاصّةً بخلافِ ما ذكروه.

وعن المعنى بمنعِ صِحّةِ الِاعتبارِ بالبِكرِ الصَّغيرةِ من حيثُ إنّ تزويجَ البِكْرِ لعَدَمِ ذَوْقِها لَذّةَ الوِقاعِ من بَعضِ الرِّجال، وعدمِ تَعَلُّقِ قلبِها بِهِ يكونُ أَفْضَى إلى دوامِ مَقاصِدِ التزويجِ مِمَّن زُوِّجَتْ به؛ لاعتِقادِها أنّهُ خيرُ الرِّجال؛ لعَدَمِ معرفتِها لغيرِه، بخلافِ الثَّيِّبِ التي قَدْ عَرَفَت الرِّجالَ وذاقتْ لَذّةَ الوِقاعِ من الغير، على ما تشهدُ بِهِ العادةُ والعُرف.

وذلك مناسبٌ للصِّحّة، ولا وجودَ لهُ في محلِّ النِّزاع.

كيف ويجب اعتقادُ إدراجِ ذلك في التَّعلِيل؛ تقليلًا للإضرارِ اللازمِ من إذلالِ الصَّغيرةِ، ومِلكِ الحبسِ والحجرِ عليها المنفيِّ بقولِهِ عليهِ السَّلام: «لا ضَرَرَ وَلا إضْرارَ في الإسْلامِ»[٣].

---

(١) «صحيح مسلم»، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ١٤٢١.

(٢) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة، ٧١٣١.

(٣) تقدم تخريجه.

[٩٠] ـ مسألة [صحة تزويج الصغيرة من غير الأب والجد]

غيرُ الأبِ والجَدِّ من العَصَباتِ لا يَصِحُّ تزويجُهُ للصَّغيرةِ ذكرًا كان أو أُنْثَى[١]، خِلَافًا لهمْ[٢]، إلا أنّ الخيارَ ثابِتٌ بعدَ البُلوغِ عندَ أبِي حنِيفةَ[٣]، خِلافًا لصاحِبَيْهِ[٤].

لنا أنّهُ لو صَحَّ تزوِيجُ غيرِ الأبِ والجَدِّ من الأولياءِ للصَّغِيرةِ لم يَخْلُ إمّا أن يكونَ المقصودُ المعتبَرُ في نَظَرِ الشّارِعِ من تَصَرُّفِهِ مُساوِيًا للمَقصُودِ الحاصِلِ من تَصَرُّفِ الأبِ والجَدّ، أو راجِحًا أو مَرْجُوحًا.

فإن كان الأوَّلَ أوِ الثّانِي وَجَبَ أن يكونَ تَصَرُّفُهُ لازِمًا لتَصَرُّفِ الأبِ ضرورةَ التَّساوِي في المقصودِ على أحَدِ التَّقدِيرَين، وبِطَرِيقِ الأوْلَى على التَّقدِيرِ الآخَر، وهو خِلافُ الإجماعِ من الفريقَيْن.

وإن كان الثالِثَ لَزِمَ إلغاءُ المقصودِ الراجِح؛ ضَرُورةَ استِقلالِ المقصودِ المرجُوحِ وهو ممتنع، وإذا كان لازِمُ الصِّحّةِ مُمْتَنِعًا فلا صِحّة.

فإنْ قِيل: ما ذكرتموهُ على القِسمَيْنِ الأوَّلينِ من الامتِناعِ مبنيٌّ على عَدَمِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٣٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٩٦.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٢٨٩. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٦٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٦٦.

(٣) «الهداية شرح بداية المبتدي»، ١: ١٩٣.

(٤) المصدر السابق.

اللُّزُومِ في تَصَرُّفِ غيرِ الأبِ والجَدِّ وهو غيرُ مُسَلَّم.

وإنْ سَلَّمْنا عَدَمَ اللُّزوم، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ أنَّهُ يَلْزَمُ من التَّساوِي في مَقصُودِ الصِّحّةِ اللُّزُومُ، وتقرِيرُهُ ما سَبَقَ في مسألةِ بَيْعِ الفُضُولِيّ.

وما ذكرتموهُ على القِسمِ الثالِثِ من الامتناع فإنّما يَصِحُّ أنْ لَوِ امتَنَعَ تعلِيلُ حُكمِ الصِّحّةِ في حَقِّ الأبِ بعِلَّتَين، وهو غيرُ مُسَلَّم، وإنِ امتَنَعَ ذلِك، إلا أنّهُ مُقابَلٌ بما يلزمُ من إدراجِ زيادةِ المقصُودِ الحاصِلِ من تَصَرُّفِ الأبِ في التَّعلِيلِ من القُصُورِ في العِلّة، وإلغاء المقصودِ المشترَكِ في الفرع، وليسَ أحدُ المحذورَينِ بالدَّفعِ أَوْلَى من الآخَر.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على عَدَمِ الصِّحة، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء: ٣].

مَنَعَ من نِكاحِ اليتامَى مخافةَ تَرْكِ القِسْط، فدَلَّ بمفهومِهِ على الجوازِ مع القِسْط.

وبقولِه تعالى: ﴿ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [النساء: ١٢٧].

نَهَى عن الرَّغبةِ في اليَتِيمةِ عندَ عدمِ إيتاءِ ما كُتِبَ لها، فدلَّ بمفهُومِهِ على جوازِ الرغبةِ عندَ الإيتاء.

ولما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ «أنّهُ زَوَّجَ ابنةَ[1] عَمِّهِ حَمْزة وكانتْ صَغِيرةً»[2].

---

(١) اسمها أمامة كما صدَّر به ابن سعد، ونسبه للكلبي، وقيل: اسمها عمارة، أمها سلمى بنت عُمَيس، من خثعم، أخت أسماء بنت عميس، وزوجها هو رَبيب رسول الله ﷺ سلمة بن أبي سلمة. «الطبقات الكبرى» لابن سعد، ٨: ١٢٥.

(٢) «المراسيل» لأبي داود، ما جاء في الفرائض، ٣٦٦. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب النكاح، =

والجوابُ عَنِ المنعِ الأوّل أنّهُ ليسَ مذهبًا لأبي حنيفة، بل لصاحِبَيْه، والخلافُ إنّما هو مع أبي حنِيفة.

وعن اعتراضِهِمْ على القِسمَينِ الأوّلين ما سَبَقَ نصًّا في بيعِ الفُضُولِيّ.

وعن اعتراضِهِمْ على القِسمِ الثالِث ما سَبَقَ في بيعِ الغائِب.

وعن المعارضةِ بالآيَتَيْن أنّ التَّمسُّكَ فيهِما بمَفهُومِ المخالفةِ[1]، وليسَ بحُجّةٍ بإجماعِ الفرِيقَينِ[2].

وعن الخبر أن النبي ﷺ إنما زوّج ابنة عمه بولاية النبوة، وهي أقوى من ولاية القرابة على ما قال تعالى: ﴿ ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ ﴾ [الأحزاب: ٦].

ولهذا زَوَّجَها مع حضورِ العبّاسِ وكان عالِمًا، وابنُ العمِّ لا يَلِي مع العمّ.

ثم ما ذكروه معارَض بما رُوِيَ أنّ قُدامةَ بنَ مَظْعُونٍ[3] زَوَّجَ ابنةَ أخيهِ، [٧٦/أ]

= ١٣٦٩٧، وعلق البيهقي على الإسناد الذي روى به القصة قائلًا: «هذا إسناد ضعيف، وليس فيه أنها كانت صغيرة، وللنبي ﷺ في باب النكاح ما ليس لغيره، وكان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، وبذلك تولى تزويجها دون عمها العباس بن عبد المطلب إن كان فعل ذلك، والله أعلم». أقول: وعبارة أبي داود في «المراسيل»: «ولم يدركا» دليل على أن بنت حمزة كانت صغيرة، خلافًا لما ذكر البيهقي رحمه الله.

(١) مفهوم المخالفة هو «ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفًا لمدلوله في محل النطق، ويسمى دليل الخطاب أيضًا». «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، ٣: ٦٩.

(٢) «الإحكام» للآمدي، ٣: ٧٢. «قواطع الأدلة» للسمعاني، ١: ٢٣٨. «البحر المحيط» للزركشي، ٥: ١٣٣.

(٣) قدامة بن مظعون القرشي الجمحي (ت٣٦هـ)، صاحب رسول الله ﷺ، هاجر إلى الحبشة، وشهد بدرًا وسائر المشاهد، وهو خال عبد الله بن عمر وحفصة أخته، وزوجته هي حفصة =

فرُفِعَ ذلك إلى النَّبِيِّ ﷺ فَرَدَّ نِكاحَها، وقال: «إنّها يتِيمة، وَإنّهُ لا تُنكَحُ اليَتِيمةُ حتَّى تُسْتَأْمَرَ»(١).

ومع التعارضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.



= بنت الخطاب أخت عمر بن الخطاب رضي الله عنهم، توفي وهو ابن ثمانٍ وستين سنة. «الاستيعاب في معرفة الأصحاب»، ٣: ١٢٧٧.

(١) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمر، ٦١٣٦.

[٩١] ـ مسألة [ملكية الفاسق ولاية الإجبار]

الفاسِقُ لا يَمْلِك ولايةَ الإجبارِ عندنا على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

لنا أنّ الحكمَ بصِحّةِ إجبارِهِ يلزمهُ إلغاءُ ما دَلَّ الدَّليلُ على اعتبارِه فلا يَصِحّ.

وبيانُ ذلِكَ أنّهُ لو صَحَّ إجبارُهُ لكان بناءً على ما وَقَعَ بِهِ الاشتِراكُ بينَهُ وبينَ العَدْلِ من الصِّفاتِ المناسِبة، كالأهلِيّةِ والقرابةِ والمحلِّيّة، ولو استَقلَّ ذلك بالتَّعليلِ في مَحَلِّ الفاسِقِ لاستقلَّ في حَقِّ العدل، ويَلزمُ من ذلِكَ إلغاءُ صِفةِ العدالةِ في حَقِّ العدلِ مع مُناسَبَتِهِ للصِّحّةِ بما اشتَملتْ عليهِ منِ استكمالِ الباعِثِ الطَّبيعِيِّ بانضمامِ الباعِثِ الشَّرعِيِّ إليهِ الدّاعِيَيْنِ إلى تحصيلِ المصالِحِ، ودَفْعِ المفاسدِ المعتبرةِ في صِحّةِ النِّكاحِ مع قِرانِ الحكمِ بها، وهو ممتنِع.

---

(١) قال النووي: «وأما الراجح فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه: منع ولاية الفاسق، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي، لا سيما الخراسانيون، واختاره الروياني، قلت [النووي]: الذي رجَّحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته، واستُفتِي الغزالي فيه فقال: إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه وُلِّي، وإلا فلا، وهذا الذي قاله حسن، وينبغي أن يكون العمل به، والله أعلم». «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ٦٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٨٩.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧٤. «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٢٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٨٥.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ الملازمة، واستِقلالُ الأوصافِ المشتركةِ بالتَّعلِيلِ إنّما يَلزمُ أنْ لَوْ لَمْ يَخْتَصَّ الفاسِقُ بما لهُ مَدخلٌ في التَّعليل، وليسَ كذلِك؛ فإنّ مُبالغةَ الفاسِقِ في تحصِيلِ ما يَشتمِلُ عليهِ النِّكاحُ من المقاصِدِ الدُّنياوِيّةِ أتَمُّ من مبالغةِ العدل؛ لكونِهِ مَشغُولًا بالمقاصِدِ الأُخْرَوِيّة.

سَلَّمْنا ذلِك، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ التَّعْلِيلَ بالعدالةِ ليَلْزَمَ ما ذكرتموهُ من المحذُور؛ لكونها وصفًا عَدَمِيًّا، والعدمُ غيرُ صالِحٍ أنْ يكونَ عِلّةً ولا داخِلًا في العِلّة؛ لكونها وُجودِيّةً من حيثُ إنّ نقيضَ العِلِّيّةِ لاعِلِّية، ولاعِلِّيةٌ عَدَم، وإلا لَما اتَّصَفَ بها العدمُ المستحِيل.

وبيانُ كونها عَدَمِيّةً أنّ العدلَ هو المكلَّفُ الذِي لم يأتِ بكبِيرة، ولم يُصِرَّ على صَغيرة، ولا شيءٍ من خَوارِقِ المروءة.

سَلَّمْنا أنّها وُجودية، ولكِن إنّما يَصِحُّ التَّعلِيلُ بها أنْ لَوْ كانتْ مُنضبِطةً غيرَ مُختلِفةٍ بالزِّيادةِ والنُّقصانِ في الزُّهدِ والوَرَعِ والتَّقوى، وليسَ كذلِك.

سَلَّمْنا انضِباطَها، ولكنْ إنما تكونُ مناسِبةً أنْ لَوْ لم يَكُنْ ما اشتَمَلَ عليهِ الأبُ من الباعِثِ الطبِيعِيِّ كافيًا في تحصيلِ أقصَى ما يُمكنُ تحصيلُهُ من المقاصِدِ لوَلَدِه، وليسَ كذلك على ما يَشْهَدُ به العرفُ والعادة، حتى إنّهُ [ب/٧٦] يُقَدِّمُ حظوظَ ولدِهِ على حُظوظِ نفسِه، وقد جَرَتْ سُنّةُ الله تعالى بذلك حَتَّى في الحيواناتِ العَجْماوات.

سلَّمنا المناسبة، لكِنَّها مُلغاةٌ بدَليلِ بَقاءِ الولاية للعاضل؛ بدليلِ نِيابةِ السُّلطانِ عنه، ولو سَقَطَتْ ولايَتُهُ لانتقلتْ إلى الوليِّ الأبعد، وأدْنَى درجاتِ العَضْلِ أن تكونَ صغيرةً، والإضرارُ على الصَّغيرةِ فِسْق، وبدليلِ ثُبوتِ الولايةِ للفاسقِ على عبدِه، والكافرِ على ولدِه، والمستورِ الحالِ مع الشَّكِّ في عدالتِه.

سلَّمْنا عَدَمَ الإلغاء، غيرَ أنّ التَّعلِيلِ بالوصفِ المشتَرَكِ وإنْ لَزِمَ مِنهُ إلغاءُ العدالةِ، فاعتبارُ العدالةِ في التعليلِ يَلْزَمُ منهُ إلغاءُ الوصفِ المشتَرَكِ في الفرعِ، وليس أحدُ المحذورَينِ بالدَّفعِ أوْلَى من الآخَر، بَلِ التَّرجيحُ لاعتبارِ الوصفِ المشتَرَكِ لما يَلزمُ مِنهُ من التَّعدِيةِ في العلّةِ والقصورِ في مُقابِله.

والجوابُ عن الأوَّل أنّ غايةَ الفاسِقِ أنّه محافِظٌ على المقاصِدِ الدُّنيويةِ دُونَ الأُخْرَوِيّة، وذلك لا يُنافي مُحافظةَ العدلِ عليها؛ لمُشاركتِهِ للفاسِقِ في الدّاعِي الطَّبيعِيِّ إلى ذلِك.

وعن الثانِي أنّ المرادَ بالعدالةِ قَبولُ قولِهِ في الحدودِ والدِّماء، وهو أمرٌ وُجودِيّ، وهو أمرٌ مُنضَبِطٌ لا اختِلافَ فيه، وبهِ دفعُ السُّؤالِ الثالِث.

وعن الرابع أنّ الاستِغناءَ عَنِ الباعِثِ الشَّرعيِّ بالباعِثِ الطَّبيعِيِّ إنّما يَلزمُ أنْ لو كان الباعثُ الطَّبيعِيُّ في حَقِّ كُلِّ والدٍ قَدِ انتهَى إلى أقصَى الكمال، وليسَ كذلِكَ، بدلِيلِ ما نُشاهِدُهُ مِنِ اختلافِ أحوالِ الآباءِ في ذلِكَ من مُبالغةِ البعضِ وإهمالِ البعض.

وعن الخامِس أنّ العاضِلَ عَدلٌ؛ بدلِيلِ قَبولِ شهادتِهِ في الحدودِ والدِّماء، وباقِي الأحكامِ، فهِيَ ممنوعةٌ على رأيٍ لنا.

وعن السّادِس ما سَبَقَ في مسألةِ الخارجِ النَّجِس.



[٩٢] ـ مسألة [انعقاد النكاح بالشهود الفساق]

إذا لم يَحضُرْ عقدَ النكاحِ غيرُ الفاسِقِ لا ينعقِدُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

لنا أنّهُ لو صَحَّ النِّكاحُ لكان للاِكتفاءِ بما وَقَعَ بهِ الاِشتِراكُ بينَ العُدولِ والفاسِقِ من الأوصاف، ويَلزمُ من ذلِكَ إلغاءُ صِفةِ العدالةِ مع مُناسبَتِها للصِّحّةِ من حيثُ إنّ دوامَ النكاحِ بينَ الزَّوجَينِ، واستمرارَ مقاصِدِه، والأمْنَ من سِرِّه، وانقطاعه بالجحود والإنكارِ [٧٧/أ] بتقديرِ حُضُورِ العُدولِ؛ أتَمُّ منهُ على تقديرِ حُضورِ الفاسِقِ؛ لما بينَ العدولِ والفُسّاقِ من التفاوُتِ في قَبولِ القولِ، ومَيلِ الناسِ إلى أقوالِهم وأخبارِهِم مع قِرانِ الحكمِ بها، وهو ممتنِع.

واعلم أنّ ما وجَّهناهُ على هذا المسلكِ في المسألةِ التي قبلها؛ من كونِ العدالةِ وصفًا عدَمِيًّا، وأنّها غيرُ منضبِطة، ومن لُزومِ إلغاءِ الأوصافِ المشتركة، فهو مُتَّجِهٌ هاهُنا، والوجهُ في الجوابِ فكَما سَبَق.

ويَختصُّ هاهُنا بالمعارَضةِ بقوله عليهِ الصَّلاةُ والسَّلام: «لا نِكاحَ إلا بوَلِيٍّ وشُهُودٍ»[٣].

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٩١.

(٢) «رؤوس المسائل»، ص٣٧٢. «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٥٧.

(٣) بهذا اللفظ في «المعجم الأوسط» للطبراني، باب الميم، من اسمه محمد، ٥٥٦٥. وبزيادة «ومهر» في «سنن الدارقطني»، كتاب النكاح، ٣٥١٩. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب النكاح، جماع أبواب ما خُصَّ به رسول الله ﷺ دون غيره مما أبيح له وحُظِر على غيره، باب ما أبيح له من النكاح بغير ولي وبغير شاهدين استدلالًا بجواز الموهوبة، ١٣٣٥٩.

نفيٌ واستِثناء، والاستِثناءُ من النَّفيِ إثبات، ومُقتَضى ذلِكَ الصِّحّةُ عندَ حُضورِ الشُّهود، والفُسّاقُ شُهود.

جوابُهُ أنّ مثلَ هذا اللَّفظِ يَحتمِلُ أنْ يكونَ للِاشتِراطِ كما في قَولِهِ [ﷺ]: «لا صَلاةَ إلا بطُهُورٍ»(١).

ولا يَلزمُ من وُجودِ الشَّرطِ وُجودُ المشرُوط، ويجِبُ الحَملُ على هذا الاحتمال؛ جمعًا بينهُ وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّليل.

كيفَ وأنّهُ مُعارَضٌ بقولِهِ عليهِ السَّلام: «لا نِكاحَ إلا بوَلِيٍّ مُرْشِد، وشاهِدَيْ عَدْلٍ»(٢).

والفُسّاقُ غيرُ عُدُول، ثمَّ ما ذكرناهُ راجِحٌ؛ لأنّهُ يَدُلُّ على نَفْيِ الصِّحّةِ بمَنطُوقِه، وما ذكروهُ يَدُلُّ على الصِّحّةِ بمفهُومِه، وأنّهُ يَتناوَلُ العدلَينِ بخصُوصِه، وما ذكروهُ يَتناولُ الفُسّاقَ بمَفْهُومِ كونِهم شُهودًا، وأنّهُ مُوافِقٌ لما ذكرناهُ من الدَّلِيل، بخلافِ ما ذكروه.



(١) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». «تخريج أحاديث الكشاف»، ٢: ٤٦٢، ومعنى الحديث صحيح، ففي «صحيح مسلم»: «لا تُقبَل صلاة بغير طهور». «صحيح مسلم»، كتاب الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة، ٢٢٤.

(٢) «الأم» للشافعي، ٧: ٢٣٥. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ١٣٦٥٠.

[٩٣] ـ مسألة [انعقاد النكاح بشهادة رجل وامرأتين]

لا يَنعقِدُ النِّكاحُ بحُضورِ رَجُلٍ وامرأتين، ولا يَثبتُ بقولهمْ عِندَنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ في الطرِيقَينِ[٢].

لنا أنّ ثبوتَ النِّكاحِ بشهادةِ رَجُلٍ وامرأتينِ يَلزَمُهُ أحدُ مُمتنِعَينِ فيَمْتَنِع.

بيانُ الملازمةِ أنّهُ لو ثبتَ النِّكاحُ بشَهادَتِهِمْ لم يَخْلُ إمّا أنْ يكونَ الظَّنُّ الحاصِلُ بشَهادَتِهِم مُساوِيًا للظَّنِّ الحاصِلِ بشَهادةِ رَجُلَيْنِ أوْ أزْيَدَ أوْ أنْقَص.

فَإنْ كان مُساوِيًا أوْ أزْيدَ لَزِمَ مِنهُ ثبوتُ الحُدُودِ والدِّماءِ بشَهادَتِهِمْ ضرورةَ المساواةِ على أحَدِ التَّقدِيرَيْنِ، فبِطَرِيقِ الأوْلَى على التَّقْدِيرِ الآخَر.

[ب/ ٧٧] وإنْ كان الثّالِثَ فيلزمُ القَدرُ المشترَكُ من الظَّنِّ بينَ الأزْيَدِ والأنقَصِ بإفادةِ الحُكْم، ومنهُ إلغاءُ القَدْرِ الزّائِدِ مع مُناسَبَتِهِ واعتبارِه، وكلُّ واحدٍ من الأمْرَينِ مُمتَنِع.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ الملازمة، وبتقدِيرِ المساواةِ في إفادةِ الظَّنِّ إنما يَلزمُ ثُبوتُ الحُدودِ والدِّماءِ بشَهادةِ رَجُلٍ وامرأتينِ أنْ لَوْ لَمْ تَخْتَصَّ شَهادةُ الرَّجُلَيْنِ بمعنًى زائِدٍ على إفادةِ الظَّنِّ لا وجودَ لهُ في الفَرع، وليسَ كذلِك.

وبيانُهُ أنّ الدَّمَ شريفٌ خَطِير، وفي اعتِبارِ شهادةِ الرِّجالِ فيه لشرَفِهِمْ على

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٩٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧٢. «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٧١.

النِّساءِ عَرضًا، ولِقولِه تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ﴾ [النساء: ٣٤]، ما يُوجِبُ زِيادةَ شَرَفِهِ وتمييزِهِ عنْ غَيرِهِ من الحُقُوقِ، فكان مُناسِبًا بخلافِ النِّكاح، وبتقديرِ أنْ يكونَ الظَّنُّ في الفَرْعِ مَرْجُوحًا فقَدْ بَيَّنّا ما يَتَّجِهُ عليهِ من الأسولةِ في الخارجِ النَّجِس.

سَلَّمْنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على عَدَمِ الإثبات، لَكِنَّهُ يُشْكِلُ بالتَّصرُّفاتِ الماليّة؛ حيثُ إنّها تَثْبُتُ بشَهادةِ رَجُلٍ وامرَأتَيْنِ مع لُزُومِ ما ذكرتُمْ من الإحالة.

والجوابُ عن المنع ما سَبَق، وعَمّا ذكروهُ على فرْضِ المساواةِ هو أنّ ظُهورَ شَرَفِ الدَّم بشَهادةِ الرِّجالِ لا يُناسِبُ إباحَتَهُ وإهدارَهُ، فلا يَصْلُحُ أنْ يَكونَ داخِلًا في عِلّةِ إباحتِه.

وعَمّا ذكروهُ على فرْضِ المرجُوحِيّة ما سَبَقَ في الخارجِ النَّجِس.

وعمّا ذكروهُ من الإشكالِ بالتصرُّفات المالية أنّ مُقتضَى ما ذكرناهُ امتناعُ إلغاءِ زيادة الظنِّ الحاصلِ من شهادةِ الرجلَين، غيرَ أنّهُ لا يلزم من إلغائه في التَّصَرُّفاتِ الماليةِ مع بنائِها على التَّسامُحِ والتَّساهُلِ إلغاؤُهُ في النِّكاحِ مع أنّهُ مَبْنِيٌّ على الاحتِياطِ والمضايَقة، وإذا ثَبَتَ امتِناعُ انعِقادِ النِّكاحِ بحُضُورِهِمْ.

والاعتِراضُ والانفصالُ فعلى ما سَبَقَ بانعِقادِ النِّكاحِ بحُضُورِ الفُسّاق، فعَلَيْكَ بنَقْلِهِ إلى هاهُنا.



[٩٤] ـ مسألة [نكاح الزانية دون صريح النطق]

المصابـةُ بالفُجُـورِ لا يَصِحُّ نِكاحُها دونَ صَرِيـحِ نُطْقِها عِندَنا(١)، خِلافًا لأبي حنِيفةَ(٢).

[أ/٧٨] ولهم خِلافٌ في المشتهِرةِ بالفُجُورِ(٣)، ولنا خِلافٌ فيمَنْ زالَتْ بَكارتُها بغَيْرِ الوطءِ؛ كالإصْبعِ والخَشَبةِ ونحوِهِ(٤).

وأجمَعْنا على عَدَمِ اعتِبارِ نُطْقِ مَنْ خُلِقَتْ ثَيِّبًا.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٨٦.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٧٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧٥. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٧١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٤٥.

(٣) المشتهرة بالفجور كالثيب عند الحنفية، قال الكاساني معلِّلًا ذلك: «...ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزنا، فحينئذ لا يستقبح الإظهار بالإذن ولا يُعَدُّ عيبًا، بل الامتناع عن الإذن عند استئمار الولي يُعَدُّ رعونة منها؛ لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال». «بدائع الصنائع» للكاساني، ٢: ٢٤٤.

(٤) معتمد الحنفية والشافعية أن من زالت بكارتها بغير الوطء فهي بكر، قال الكاساني: «لا خلاف في أن كل من زالت عذرتها بوثبة أو طفرة أو حيضة أو طول التعنيس أنها في حكم الأبكار؛ تزوج كما تزوج الأبكار؛ لأن زوال بكارتها لم تظهر للناس فيستقبحون منها الإذن بالنكاح صريحًا، ويعدونه من باب الوقاحة، ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح». وقال النووي: «ولو زالت بكارتها بسقطة، أو أصبع، أو حدة الطمث، أو طول التعنيس، أو وُطِئت في دبرها، فبِكرٌ على الصحيح، ولو وُطِئَت مجنونة، أو مُكرَهة، أو نائمة؛ فثيِّبٌ على الصحيح». «بدائع الصنائع» للكاساني، ٢: ٢٤٤. «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ٥٤.

دلِيلُنا أنّ القولَ بالصِّحّةِ يَستَدعِي دلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإنْ قِيل: دليلُ الصِّحّةِ أنّهُ وُجِدَ تَزْويجُ الأبِ العاقِلِ لبِنْتِهِ وهي غيرُ ثَيِّبٍ مع سُكُوتها، فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ كالبِكْر، أمّا الأُبُوّةُ والعقلُ والبِنْتِيّةُ والسُّكوتُ فظاهِر، وأمّا أنّها غيرُ ثَيِّبٍ فيَدُلُّ عليهِ انتِفاءُ الرَّجْمِ في حقِّها بالزِّنَى، ولَوْ كانتْ ثَيِّبًا لَرُجِمَتْ؛ عَمَلًا بعُمُومِ قولِهِ عليهِ السَّلام: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ رَجْمٌ بالحِجارةِ»[1].

وإذا ثَبَتَتِ الأوصافُ فمن المناسِبِ أنْ نَقْضِي بالصِّحّة؛ تَحْصِيلًا للْمقاصِدِ التِي دَلَّ عليها إقدام الأب على التصرف مع ظهور رضاه بالسكوت غالبًا كما في البكر.

والجواب: لا نسلِّم أنها غيرُ ثيب، ودليلُ ثِيابتِها الإطلاقُ والاشتقاقُ والحكم.

أمّا الإطلاقُ فهو أنها تسمَّى ثيبًا، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة.

وأمّا الاشتقاقُ فهو أنّ الثيبَ إنما سُمِّيَت ثيبًا أخذًا من تسميةِ واطئِها ثائبًا، أي: عائدًا إليها، ومنه يقال: ثاب عقلُ الرَّجلِ؛ إذا عاد إليه، وفي مقابلة ذلك البكر، وهي التي يُسمَّى واطئُها مبتكرًا لوطئِها، أخذًا من باكورة الثمار، وهي أوائلُها، وبكرةُ النهار أي: أوله.

وأمّا الحكمُ فدخولها تحت إطلاق لفظِ (الثيِّبِ) في الطلاق، والعتق، والوصية، والنذر، واليمين، وخروجها عن إطلاق لفظِ (البكر) في ذلك كلِّه، والأصلُ في ذلك إنما هو الحقيقة دون التجوُّز.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، والذي في كتب الحديث: «الثيب بالثيب جَلد مئة ثم الرجم»، أو «جلد مئة والرجم»، «صحيح مسلم»، كتاب الحدود، باب حد الزنى، ١٦٩٠.

وقوله عليه السلام: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ رَجْمٌ بالحِجارة»[١].

فهو مخالفٌ فيمن ثابَتْ بوطء الشبهة.

وإنما كان ذلك لأنّ شرطَ الرَّجمِ حصولُ الثِّيابةِ بالوطءِ في عقدٍ صحيح، ولذلك دارَ معهُ وُجودًا وعدمًا، وهذا الشَّرطُ غيرُ متحقِّقٍ فيما نحن فيه فلا رَجْم، فإذا كانت ثيِّبًا فلا يصِحُّ نكاحُها دون صريحِ نطقِها؛ لقوله عليه السلام: «والثَّيِّبُ يُعْرِبُ عنها لسانُها»[٢].

وذلك مذكورٌ في مَعرضِ الاشتراطِ بالاجتِماع.

سلَّمنا الأوصافَ ومُناسبَتَها إلا أنّهُ لا يمكِنُ الاعتبارُ بالبكر؛ لأنّ تزويجَها أفْضَى إلى دوامِ مقاصِدِ النِّكاحِ من تزويجِ [ب/٧٨] مَنْ ذاقت لذَّةَ الجماع من غيرِ زوجِها، على ما سبق تقريرُهُ في تزويجِ البنتِ الصَّغيرة، وهو مُناسِبٌ للصِّحّةِ مع قِرانِ الحكم به، لا وجود له في الفرع فيمتنع الإلحاق.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على الصِّحةِ لكنَّهُ معارَضٌ بما يدلُّ على انتفائِها.

وبيانُ ذلِكَ أنّا أجمعْنا على اعتبارِ رضاها، ولهذا فإنّها لو قالت: لستُ راضيةً ولا ساخِطةً، لا يَصِحُّ نكاحُها، وإذا كان رضاها معتبَرًا في الصِّحةِ فصريحُ النُّطقِ أدلُّ على الرِّضَى من السُّكوت، فناسَبَ اعتبارُهُ شَرْطًا في الصِّحّة، كالمصابةِ بالوَطْءِ الحَلال.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «سنن ابن ماجه»، بلفظ: «والثيب تُعرِب عن نفسها»، «سنن ابن ماجه»، كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب، ١٨٧٢. قال البغوي: «ويروى: «الثيب يُعَرِّب عنها لِسانُها»، قال أبو عبيدة: يُروَى بالتخفيف، قال الفرّاء: هو «يُعَرِّبُ»؛ بالتشديد، يقال: عَرَّبتُ عَنِ القَوم؛ إذا تَكَلَّمتُ عنهُم، وأكثرُ أهلِ اللغةِ على أنهما لُغتان صحيحتان، يجوز أعرَبَ وعَرَّبَ». «شرح السنة» للبغوي، ٩: ٣٠.

[٩٥] ـ مسألة [تزويج أحد الأولياء المستوين موليته من غير كفؤ]

أحدُ الأولياءِ المستوِينَ في الدَّرَجةِ إذا زَوَّجَ مَوْلِيَّتَه من غير كفؤ برضاها دون إذنِ الباقينَ لا يصِحُّ النكاحُ عندنا في أحدِ القولَين[١]، وفي الثاني: يصِحُّ ويثبتُ خيارُ الفسخِ للباقين[٢]، خلافًا لهم في قولهم: يصِحُّ دونَ خيارِ الفسخِ[٣].

لنا أنّ الحكمَ بالصِّحةِ يَلزَمُهُ أمرٌ ممتنِعٌ فيمتنع.

بيان الملازمة هو أنّ القولَ بذلك يلزمُه الإضرارُ بباقِي الأولياء، وهو منفيٌّ بقوله عليه السلام: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلامِ»[٤].

وبيانُ الضَّررِ لهُمْ أنهم يَتَعَيَّرُونَ عُرفًا بسَبَبِ إدخالِ الخسيس في نسبِهم الشريف، وكونِ مَوْلِيَّتِهم تحتَ غيرِ الكفؤ، ولا يخفى أنّ ذلك مما يُفضِي إلى ضيقِ صدورهِم، وتشويشِ بالهِم، وتغيُّر أحوالِهم، وهو ضررٌ ممتنع.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ لزومَ الضَّرَرِ في حقِّ باقي الأولياء، وما ذكرتموهُ إنما يكونُ ضررًا في حقِّهم أن لو لم يتعيَّنْ دافعًا لضررٍ هو أعظمُ منهُ وإلا فلا،

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٤٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٠٩.

(٢) قال النووي: «ولو زوَّجها أحد الأولياء بغير كفء برضاها دون رضى الباقين لم يصح على المذهب. وفي قول: يصح، ولهم الخيار في فسخه». «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ٨٤.

(٣) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٩٠. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧٩. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٧٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٤٢.

(٤) تقدم تخريجه.

وذلـك كما في الفصد، والحِجامة، وإلقـاءِ البَذْرِ في الأرضِ وتعفينِه، فإنّهُ وإن كان ذلك ضررًا بتقديرِ أن لا يكون كونُه وسيلةً إلى نفعٍ هو أعظمُ منه فلا يكونُ ضررًا بتقديرِ كونِه وسيلةً إلى ذلك.

وبيانُ أنّ ما نحنُ فيه كذلِكَ هو أنّ الوليَّ المزوِّج يتعيَّرُ بالتزويجِ حسْبَ تعيُّرِ غيرِه من الأولياء، بل أبلغ، حيثُ كان هو المباشر، والظاهرُ من حالِ العاقلِ أنّهُ لا يلتزمُ مثلَ هذا المحذورَ في حقِّ نفسِه إلا لدفعِ محذورٍ هو أشدُّ منه، وذلك بأن يكونَ قد ظهرَ لهُ شدّةُ ميلِ قلبِ الزوجةِ إلى الزَّوجِ المعيَّن؛ بحيثُ [٧٩/أ] لو لم يُزَوِّجْها مِنهُ لوَقَعَتْ معهُ في مَحذورِ الزِّنَى، ولا يخفى أنّ محذورَ ذلك أعظمُ من محذورِ التَّزويجِ من غيرِ الكفؤ.

سلَّمنا لُزومَ الضَّرر، لكِنْ لِمَ قلتمْ بوجوبِ نفيِه والخبرُ قد عُلِمَ ما يَتَّجِهُ عليهِ من الاعتراضاتِ في مسألةِ منافعِ المغصوب، فعليك بالالتفاتِ إليها.

سلَّمنا أنّهُ حجّةٌ في نفيِ الضَّررِ مُطلقًا، لكِنَّهُ مشترَكُ الدلالة، وبيانُ ذلك أنّهُ يلزمُ من الإبطالِ الضررُ بالوليِّ والزوجينِ بتفويتِ مقصودِهم من العقد، وليسَ العملُ بالخبرِ في دَفعِ أحدِ الضَّررينِ أوْلَى من الآخَر، بلِ الترجيحُ لدَفعِ الضَّررِ عن الزَّوجِ والزَّوجَينِ أوْلَى؛ للْقَطعِ بعَدَمِ رِضاهُمْ بالإبطال، واحتمالِ رِضَى باقِي الأولياءِ بالتزويجِ حالةَ العقد.

والجوابُ عن المنعِ ما سبق، وما ذكروه في تقريرِ المنعِ فلا يستقِيم، وذلِكَ لأنّ إقدامَ الوليِّ على التَّزويجِ يحتمِلُ أنّهُ كان لقصُورِ نظرِه وتفريطِه، أو رغبةً في الزَّوج، وطمَعًا في الاعتِضادِ بمالِه، أو جاهِه، ويحتملُ أنّه كان لما ذكروه، ولا يخفى أنّ وقوعَ احتمالٍ من احتمالَينِ أظهرُ وأغلبُ من وقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعينِه.

كيفَ وأنّ وقوعَ ما ذكروهُ مِنِ احتمالِ الزِّنَى مع وجودِ العقلِ والدِّين، وما يلزمه من الزواجرِ الدينيةِ والدُّنياويةِ أبعدُ من كلٍّ واحدٍ من الاحتمالينِ المفروضَينِ في تزويجِ الوليِّ من غيرِ الكُفؤ.

وعمّا ذكروهُ من الأسولةِ على الخبرِ في منافعِ المغصوبِ فما سَبَقَ في تِلكَ المسألةِ أيضًا.

وعن الاشتراكِ في الدّلالة بيانُ أنّ الضررَ اللازمَ في حقِّ باقي الأولياءِ بتقديرِ الصحةِ راجِح، وبيانُهُ أنّ ضررَ الأولياءِ بالعارِ مُتَأبِّد، بخلاف ضررِ إبطالِ العقد، وأنه لا جابرَ له، بخلاف الضررِ اللازمِ من فواتِ مقصودِ العقد، بتقدير عدمِ صِحَّته، حيثُ إنّهُ يمكِنُ تحصيلُ مقصودِ الوَليِّ والزوجةِ بالتزويج بغيرِ هذه الزوجة، وما ذكروهُ من التزويجِ فهو مُلغًى بما إذا صَرَّحَ باقِي الأولياءِ بالنَّكِيرِ وعدمِ الرِّضَى لذا العقد.



[٩٦] ـ مسألة [تزويج الولي الأبعد موليته مع غياب الأقرب غيبة منقطعة]

إذا غابَ الوليُّ الأقربُ غيبةً مُنقطِعةً، وهو أن [يكون] في مسافةٍ لا يقطَعُها الرِّفاقُ في السَّنةِ إلا مرةً واحِدةً، لا يصِحُّ تزويجُ الأبعدِ للمَوْلِيّة [ب/٧٩] عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ صحّةَ التزويجِ مُتوقِّفةٌ على الولايةِ أو النِّيابةِ إجماعًا، والأصلُ عدمُ الأمرَينِ فلا صحّة.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ عدمَ الولايةِ للأبعدِ عند جُنونِ الأقربِ أو موتِه، وعدمُ جنونِ الأقربِ وعدمُ موتِهِ غيرُ داخلٍ في سببِ ولايةِ الأبعد، ولأنّ الأصلَ عدمُ تأثيره، والأصلُ عدمُ ما سِوَى ذلِك، فسببُ وِلايتِهِ يكونُ موجودًا مع وجودِ الأقرب، غيرَ أنّا خالفناهُ عند حضورِ الأقرب؛ لاستوائِهما في الحضور، وترجُّحِ الأقربِ عليهِ بقُربِ القرابة؛ مبالغةً في تحصيلِ زيادةِ المصلحةِ الحاصلةِ بتصرُّفِ الأقرب، فإذا غابَ الوليُّ الأقربُ فهو وإنْ تَرجَّحَ على الأبعدِ بقُربِ القرابةِ فالأبعدُ مترجِّحٌ على الأقربِ بالحضور؛ لأنّهُ يكونُ أعلمَ لحاجةِ المَوْلِيّةِ إلى النكاح، وميلها إليه، ونُفرتها عنه، وأعرفَ بأحوال الأكفاء الراغبين في نكاحِها أنّها موافقةٌ أو مخالفةٌ؛ إذ الغالبُ أن يكونَ الزوجُ الراغبُ في نكاحِها

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٤٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٠٧.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٣٣٤. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٧٥. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٨٢.

في بلدِ الزوجةِ لا في غيرِه، وإذا تساوَيا لزِمَ أن يَعمَلَ السببُ المقتضِي لِصحّةِ التصرُّفِ بحكمِ الولايةِ عَملَه.

سلَّمنا امتناعَ صحّةِ تَصَرُّفِهِ بجهةِ الولاية، ولكنْ لا نُسَلِّمُ امتناعَ التصرفِ بجهةِ النيابة، وذلك أنّ الاتفاقَ بين الفريقينِ واقعٌ على وجوبِ الاستنابةِ وإنِ اختلفا في النائب، حتى قلنا نحنُ: إنّهُ الأبعد، وقلتم أنتمْ: إنّهُ الحاكم، وإذا كان لا بُدَّ من النيابةِ وجبَ أنْ يتعينَ مَنْ هو أقربُ إلى حصولِ المقصودِ الحاصِلِ بتصرُّفِ المنوبِ عنه، والأبعدُ وإن كان مشاركًا للحاكمِ في الدّاعِي الدِّينيِّ فمترجِّحٌ عليهِ بالدّاعِي الطبيعيّ، وبانحصارِ نظرِه في المَوْلِيّة؛ لكونِ ولايتِه خاصةً غيرَ عامةٍ بخلافِ الحاكِم، ولهذا كان تصرُّفهُ متعيِّنًا دون تصرُّفِ الحاكم حالةَ موتِ الأقربِ وجنونِه، فوجبَ أن يتعيَّن.

والجوابُ عن الأول: وإن سلَّمنا وجودَ سببِ الولايةِ للأبعد؛ لما ذكروه، غيرَ أنّا أجمَعْنا على عدمِ ثبوتِ وِلايتِهِ عند ترجُّحِ الأقربِ عليه؛ حذرًا من فواتِ المصلحةِ الحاصلةِ [٨٠/أ] من تصرُّفِ الأقرب، والمقصودُ الحاصلُ من تصرُّفِ الأقربِ راجحٌ على المقصودِ الحاصِلِ من تَصَرُّفِ الأبعدِ مع حضورِه، فكان مسلوبَ الولاية.

وبيانُ ذلك أنّا أجمعنا على أنّهُ لو خلَّفَ الأقربُ وكيلًا ثمَّ غاب أنّهُ لا تثبتُ الولايةُ للأبعدِ مع وجودِ وكيلِ الأقرب، وذلِكَ يدلُّ على أنّ المقصودَ الحاصلَ من تصرُّفِ الوكيلِ راجحٌ على المقصودِ الحاصلِ من تصرُّفِ الأبعد، ونعلم أنّ المقصودَ الحاصلَ من تصرُّفِ الوكيلِ قاصِرٌ عن المقصودِ الحاصلِ من تَصَرُّفِ الموكِّل؛ لكَونِهِ أصلًا، والوكيلِ خلفًا، فكان المقصودُ الحاصِلُ من

تصرُّفِ الأقربِ مع غَيبتِهِ راجِحًا على المقصودِ الحاصِلِ من تصرُّفِ الأبعدِ مع حضوره، فكان أوْلَى بسَلْبِ ولايةِ الأبعد.

وعن الثانِي: أنّ النيابةَ إنّما تكونُ باستنابةٍ من جِهةِ المستنيب، وذلك إمّا بصريحِ المقال، أو دلالةِ الحال، ولم يوجد شيءٌ من ذلك، بخلافِ الحاكم، فإنّهُ وإن لم يوجدْ من الأقربِ في هاتِهِ عنهُ صريحُ المقالِ فقدْ وُجِدَ ذلك منهُ دلالةً حيثُ إنّهُ رضِيَ بثِقةِ الإمامِ وتصَرُّفِه، وتصرُّفِ نوابِهِ في حُقُوقِهِ على تقديرِ غَيبتِه، ولذلك كان الحاكِمُ مختصًّا بالتَّصرُّفِ عنهُ بحكمِ النيابةِ عنهُ حالةَ غيبتِهِ في جميعِ حقوقهِ دونَ ما سِواه.



[٩٧] ـ مسألة [إجبار السيد عبده البالغ على النكاح]

السَّيِّدُ لا يملِكُ إجبارَ عبدِه البالغِ على النِّكاحِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ولنا قولٌ موافقٌ لمذهبِ الخصوم[٣]، وقولٌ بالتَّفصيلِ بينَ إجبارِ الصغيرِ دونَ البالغِ[٤].

وأجمعنا على صِحّةِ إجبارِ الأمة.

دليلنا أنّ الحكمَ بصِحّةِ الإجبارِ يستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ الصِّحّةِ النصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، أمْرٌ بإنكاحِ الإماءِ مُطلقًا، فليكُنِ المعطوفُ عليهِ ـ وهو الأمرُ بإنكاحِ العبيدِ كذلِك ـ تسويةً بينَ المعطوفِ والمعطوفِ عليهِ في أصلِ الحكم.

وتفصِيلُه: لأنّهُ الأصل، فيندرجُ تحتهُ محلُّ النزاع، ويلزمُ من ذلك الصِّحّةُ، وإلا كان الأمرُ بهِ غيرَ مُفيد.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٤٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١١٤.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٥٠٥. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٧٨. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٧٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٤٧.

(٣) قال الجويني: «لا يملك السيد إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح في قوله الجديد، ونصَّ في القديم أنه يجبره، وهو مذهب أبي حنيفة». «نهاية المطلب» للجويني، ١٢: ٦٢.

(٤) قال الجويني: «فأما العبد الصغير فإن قلنا: إنه يُجبَر البالغ؛ فالصغير أولى، وإن قلنا: لا يجبر البالغ؛ ففي إجبار الصغير قولان». «نهاية المطلب» للجويني، ١٢: ٦٢.

[ب/ ٨٠] وأمّا المعنى فهو أنّ العبدَ مملوكٌ للسيدِ فصَحَّ إجبارُه كالأمة، أمّا أنّهُ مملوكه فظاهِر، وإذا كان مملوكَهُ ناسبَ صحّةَ إجبارِه على النِّكاح؛ صيانةً لمالِهِ عن النقصانِ بسببِ تعرُّضِ العبدِ للفجور المُنْقِصِ لماليته، بسبب قِلّةِ تعلُّقِ الرَّغَباتِ به، وتعرُّضِهِ للحَدِّ المُفْضِي إلى ضعفِ بدنِهِ وَوَهاءِ قُواه، والشاهِدُ له بالاعتبارِ الأمة.

والجوابُ عن النَّصّ أنّ المرادَ بالعبيدِ والإماءِ إنما هُمُ المعتَقُونَ باعتبار ما كانوا عليه، ودليلُ إرادةِ ذلك قولُهُ تعالى في سياقِ الآية: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

وذلك إنما يُتَصَوَّرُ في حَقِّ الأحرارِ دُونَ العَبيد، ولأنّهُ أمرٌ بذلك، والأمرُ ظاهرٌ في الوجوب، ووجوبُ النكاحِ إما يُتَصَوَّرُ في حقِّ الأحرار دونَ العبيد.

وعن المعنى: بالمعارضةِ في الأصلِ المذكور بأنّ حاجةَ السيِّدِ إلى تزويجِ الأمةِ آكدُ منها في العبد، فيمتنِعُ إلحاقُ العبدِ بها.

وبيانُ ذلك من أربعةِ أوجه:

الأول: أنّ نقصانَ الماليةِ في حقِّ الأمةِ بتقديرِ تعرُّضِها للزِّنى ـ لِقلّةِ تعلُّقِ الرَّغَباتِ بها ـ يكونُ أكثرَ من العبدِ عُرفًا.

الثّانِي: أنّ تزويجَ الأمةِ أفْضَى إلى صيانتِها من تزويجِ العبدِ، وإن كانتْ كارهةً له؛ لأنّ الصِّيانةَ إنما تكونُ بدوامِ النكاح، ودوامُ النكاحِ في حقِّ الأمةِ من حيثُ إنّ الطلاقَ ليسَ في يدِها أغلبُ من دوامِهِ في حقِّ العبد؛ لكونِ الطَّلاقِ في يدِه مع كراهِيتِهِ للنِّكاح.

الثالث: أنّ مَقاصِدَ السَّيِّدِ في نِكاحِ الأمةِ أكثرُ من نِكاحِ العبد؛ حيثُ إنّهُ يَحصلُ لَهُ مع صِيانتِها المهرُ والنفقةُ والولد، بخلافِ العبد.

الرابع: أنّ الأمةَ لأُنوثتِها ونقصِ عقلِها أكثرُ عجزًا عن النَّظَرِ في مقاصدِ النكاحِ من العبد، فناسَبَ ذلِكَ نُفوذَ تَصَرُّفِ السَّيِّدِ في حقِّها غيرَ موقوفٍ على رِضاها، وكمالِ عقلِهِ وشفقتِهِ على ماله.



[٩٨] ـ مسألة [انعقاد النكاح بلفظ الهبة والبيع والتمليك]

النكاحُ لا ينعقِدُ بلفظِ الهبةِ والبيعِ والتَّمليكِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ولهم في لفظِ الوصيةِ والسَّلَمِ والقَرضِ والإجارةِ اختلافُ رِوايةٍ[٣].

وأجمعنا على أنه لا ينعقدُ بلفظِ الإحلالِ والإباحة.

دليلُنا أنّهُ لو صحَّ النكاحُ بلفظِ البيعِ لَصَحَّ البيعُ بلفظِ النِّكاح، واللازِمُ ممتنِع.

[٨١/أ] بيانُ الملازمة: أنّهُ لو صَحَّ النِّكاحُ بلفظِ البيعِ لا بُدَّ وأن يكونَ مُشْعِرًا بحكمِه؛ إذِ الأصلُ اعتبارُ اللفظِ فيما أشعرَ به.

وما أشْعَرَ بِهِ لفظُ البيعِ في النكاحِ إمّا أن يكونَ هو ما أشْعَرَ بِهِ من حُكْمِ البيعِ أو غيرِه، لا جائزٌ أن يقالَ بالمغايَرة، وإلا كان لفظُ البيعِ مُشتركًا أوْ مجازًا فـي أحدِ الأمْرَين، وهو خِلافُ الأصل.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٤٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١١٧.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٤٠٥. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨٠. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٨٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٥٤.

(٣) نقل الكاساني عن عامة المشايخ عدم انعقاد النكاح بلفظ الإجارة؛ لأنها عقد مؤقت، وذكر أنّ ابن رستم روى ذلك عن محمد، وروى كذلك عن الكرخي انعقاد النكاح بلفظها، ونقل الكاساني الخلاف في انعقاد النكاح بلفظ الإجارة والسَّلَم، فقال: «وعن بعضهم: ينعقد، وعن البعض: لا ينعقد»، أما لفظ الوصية فقد حكى عن عامة الأشياخ عدم الانعقاد به، وقال إنه: «حُكِي عن الطحاوي أنه ينعقد». «بدائع الصنائع» للكاساني، ٢: ٢٣٠، ٢٣١.

وإن كان ما أشْعَرَ بِهِ من الحكمِ فيهِما واحدًا، فلا يخفَى أنّ لفظَ النكاحِ مُشعِرٌ بحكمِ النكاحِ، ولذلك صحَّ التزويجُ بلفظِ النكاحِ إجماعًا، والأصلُ اعتبارُ اللفظِ فيما أشْعَرَ به.

وإذا كان لفظُ النكاحِ مُشعِرًا بما أشْعَرَ بِهِ لَفظُ البيعِ وَجَبَ أن يَصِحَّ البيعُ بلفظِ النكاحِ؛ عملًا باللفظِ فيما أشْعَرَ به؛ لمناسبتِهِ واعتبارِه في النكاحِ، واللازِمُ ممتنِعٌ بالإجماعِ.

فإن قيل: لا نسلِّمُ أنّهُ يَلزمُ مِنِ استعمالِ لفظِ البيعِ في النِّكاحِ أن يكونَ مُشعِرًا فيه بما أشْعَرَ بهِ في البيعِ، وما ذكرتموهُ من لزومِ الاشتراكِ أوِ التجوُّزِ فالاعتراضُ عليهِ ما سبقَ في إزالةِ النجاسة.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على امتناعِ الصِّحّة، لكنَّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على الصِّحّةِ من الكتابِ والسُّنّة:

أمّا الكتابُ فقولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتۡ يَمِينُكَ مِمَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَيۡكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ٱلَّٰتِي هَاجَرۡنَ مَعَكَ وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠].

فَوَهَبَتْ نفسَها للنَّبيِّ، وكذلِكَ في كلِّ شَرْطَيْنِ اجتَمَعا في الذِّكر، فإنّ المقدَّمَ في الذِّكرِ يكونُ مُؤَخَّرًا من جهةِ المعنَى كَما في قولِه: ﴿وَلَا يَنفَعُكُمۡ نُصۡحِيٓ إِنۡ أَرَدتُّ أَنۡ أَنصَحَ لَكُمۡ إِن كَانَ ٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغۡوِيَكُمۡ﴾ [هود: ٣٤].

أثبتَ لَهُ نِكاحَ مَن وَهَبَتْ نفسَها له، وَلَنا فيه أسوةٌ حسنة، على ما نَطَقَ بِهِ النَّصُّ إلا ما دَلَّ الدَّلِيلُ على مُخالَفَتِه.

وأمّا السُّنّةُ فما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ زَوَّجَ امرأةً من أعرابيٍّ فقال له: «مَلَّكْتُكَها بما معكَ من القرآنِ»(١).

والهبةُ والتَّملِيكُ من صُوَرِ النِّزاع، وإذا ثبتَ الحكمُ فيهما لَزِمَ في باقِي الصُّور؛ ضرورةَ أن لا قائِلَ بالفَرق.

والجوابُ عمّا ذكروهُ على الاشتِراكِ والتَّجَوُّز: ما سبقَ في إزالةِ النَّجاسة.

[ب/ ٨١] وعن النُّصوصِ / من جِهةِ الإجمالِ والتَّفصِيل:

أمّا الإجمالُ فهوَ أن ما ذكروهُ لا دلالةَ لهُ على نقيضِ ما فرضْنا الكلامَ فيه، فلا مُعارضة، ولا يَلزمُ من إثباتِ الصِّحّةِ في غيرِ ما فرضنا الكلامَ فيه إثباتُها فيه، وعدمُ القائلِ بالتفصيلِ غيرُ مانعٍ من التفصيل، إلا أن يُنقلَ المنعُ منهُ من الفريقين، وهو غيرُ مُسلَّم.

وأمّا التفصيل: أمّا الآيةُ فالمرادُ من الهبةِ فيها إمّا أن يكونَ حقِيقةَ الهبة، وهو بذلُ النَّفسِ من غيرِ عِوَض، لكِنْ بلفظِ التَّزويج، فلا مُنازعةَ فيه، وإما أن يكونَ المرادُ بهِ انعقادَ النكاحِ بلفظِ الهبة، ولا حجّةَ فيه؛ لكونـهِ خاصًّـا بالنَّبيِّ ﷺ؛ لقولِـه تعالـى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

ولا يمكنُ حَمْلُ ذلك على خُلُوصِ الزَّوجةِ لهُ بمعنَى أنّها لا تَحِلُّ لغيرِهِ بعدَهُ؛ لكونِهِ مُستفادًا من قولِهِ تعالى: ﴿وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًاۚ إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ عِندَ ٱللَّهِ عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٣]، مع أنّ الأصلَ في الكلامِ إنّما هو التَّأسِيسُ دونَ التَّأكيد.

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب فضائل القرآن، باب القراءة عن ظهر القلب، **٥٠٣٠**. «صحيح مسلم»، كتاب النكاح، باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمس مئة درهم لمن لا يجحف به، **١٤٢٥**.

وأمّا الخبر فهو حِكايةٌ عن قضيّةٍ وَقَعَتْ.

وقد رَوَى سفيانُ بنُ عيينةَ[١] ومالِكٌ[٢] وحَمّادُ بنُ زيدٍ[٣] والثَّوريُّ[٤] وفُضَيلُ بنُ سُليمانٍ[٥] أنّهُ قال: «زَوَّجْتُكَها بما معكَ من القُرآنِ»[٦].

---

(١) روايته في «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، ٥١٤٩، بلفظ: «أنكحتكها»، وبلفظ «زوجتكها» في سنن سعيد بن منصور، من حديث سهل بن سعد الساعدي، ٩٥٧. أما سفيان فهو ابن عيينة الهلالي الكوفي ثم المكي (ت١٩٨)، ثقة حافظ فقيه إمام حجة، تغيَّر حفظه بأخرة، وربما دلَّس عن الثقات، وهو أثبتُ الناس في عمرو بن دينار. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص٢٤٥.

(٢) رواية «أنكحتكها» في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، ١٩٢٠، ورواية: «زوجناكها»، في «صحيح البخاري»، كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، ٢٣١٠. أما مالك فهو مالك بن أنس الأصبحي المدني (ت١٧٩)، الفقيه، إمام دار الهجرة، رأس المتقنين وكبير المتثبتين. «تقريب التهذيب»، ص٥١٦.

(٣) روايته في «صحيح البخاري»، كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، ٥٠٢٩. أما حماد فهو ابن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي البصري (ت١٧٩)، ثقة ثبت فقيه، «تقريب التهذيب»، ص١٧٨.

(٤) روايته في «سنن الدارقطني»، كتاب النكاح، باب المهر، ٣٦١٢، بلفظ: «أنكحتكها»، أما الثوري فهو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي (ت١٦١) ثقة حافظ فقيه عابد إمام حجة، من رؤوس الطبقة السابعة وكان ربما دلَّس. «تقريب التهذيب»، ص٢٤٤.

(٥) روايته في «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب، ٥١٣٢. وأما فضيل بن سليمان فهو النمري البصري (ت١٨٣)، صدوق له خطأ كثير. «تقريب التهذيب»، ص٤٤٧.

(٦) قال البيهقي: «رواية الجمهور على لفظ التزويج إلا رواية الشاذ منها، والجماعة أولى بالحفظ من الواحد، والله أعلم». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب النكاح، جماع أبواب اجتماع الولاة، وأولاهم، وتفرقهم، وتزويج المغلوبين على عقولهم والصبيان وغير ذلك، باب الكلام الذي ينعقد به النكاح، ١٣٨٢٣. أقول: ولفظ التزويج والإنكاح سواء، وإنما الإشكال في لفظ التمليك والهبة ونحوهما.

وهم من الحفّاظِ المشاهِير.

وما رَوَوْهُ فيَرْوِيهِ مَعْمَرٌ[١] عن الزُّهريّ، وهو كثيرُ الغَلَطِ[٢]، ويعقوبُ الإسكندَرِيُّ[٣]، وليسَ من الحُفّاظِ[٤]، فكان ما ذكرناهُ أوْلَى[٥].

---

(١) رواية معمر في «مصنف عبد الرزاق»، كتاب الطلاق، باب الموهبات، **١٢٢٧٤**. أما معمر فهو معمر بن راشد الأزدي الحداني (ت**١٥٣**هـ)، ثقة ثبت فاضل، وفي روايته عن الأعمش وثابت وعاصم بن أبي النجود وهشام بن عروة شيء، وكذا فيما حدَّث به بالبصرة. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص**٥٤١**.

(٢) نسبة كثرة الخطأ لمعمر مطلقًا خطأ كما بيَّنه أئمة «الجرح والتعديل»، وروايته هنا عن الزهري، وهو من أثبت الناس فيه، قال ابن معين فيه: أثبت الناس في الزهري مالك ومعمر، وقال عثمان الدارمي: قلت لابن معين: معمر أحبُّ إليك في الزهري أو ابن عيينة أو صالح بن كيسان أو يونس؟ فقال في كل ذلك: معمر، وقال ابن أبي خيثمة: سمعت يحيى بن معين يقول: إذا حدثك معمر عن العراقيين فخالِفه، إلا عن الزهري وابن طاوس؛ فإن حديثه عنهما مستقيم، فأما أهل الكوفة وأهل البصرة فلا، وما عمل في حديث الأعمش شيئًا، وقال أبو حاتم: ما حدَّث معمر بالبصرة فيه أغاليط، وهو صالح الحديث. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، **١٠: ٢٤٣**.

(٣) رواية يعقوب في الصحيحين؛ «صحيح البخاري»، كتاب فضائل القرآن، باب قراءة القرآن عن ظهر القلب، **٥٠٣٠**. «صحيح مسلم»، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمس مئة درهم لمن لا يجحف به، **١٤٢٥**. أما يعقوب فهو يعقوب بن عبد الرحمن القاري (ت**١٨١**)، ثقة، خرَّج له الشيخان كما تقدم، وخرَّج له كذلك الترمذي وأبو داود والنسائي. «تهذيب التهذيب»، **١١: ٣٩١**.

(٤) قال ابن معين وأحمد: «ثقة»، وترجم له ابن حبان في «الثقات». «تهذيب التهذيب» لابن حجر، **١١: ٣٩٢**.

(٥) وليعلم أن الثوري كذلك روى الحديث مع معمر بلفظ: «أملكتها»، كما في «مصنف عبد الرزاق»، كتاب الطلاق، باب الموهبات، **١٢٢٧٤**. ورواه كذلك عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه كما في «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، **٥٠٨٧**. ورواه كذلك =

[٩٩] ـ مسألة [نكاح أخت المطلقة البائنة في عدتها ونكاح أربع سواها]

المطلَّقةُ البائِنُ يصِحُّ نكاحُ أختِها في عدَّتها، ونكاحُ أربعٍ سواها عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمعنا على عدمِ الصِّحةِ في عدّةِ الرَّجعية.

دليلُنا أنّ عِلّةَ الصِّحّةِ فيما إذا تَزَوَّجَ الأختَ بعدَ انقِضاءِ عِدّةِ أختِها إن لم تكن موجودةً في مَحَلِّ النِّزاعِ كانت العِلّةُ قاصِرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزمتِ الصِّحّة.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ القصورَ في عِلّةِ الأصل، بتقديرِ عَدَمِها في محلِّ النزاع؛ لإمكانِ وُجودِها فيما قُلنا بصِحَّتِهِ من الأنكحةِ في المسائلِ المختلَفِ فيها، كالنِّكاحِ بلا وَلِيٍّ ونحوها.

سَلَّمْنا القصور، ولكِنْ لا نُسَلِّمُ امتناعَ التَّعلِيلِ بالقاصرةِ مُطلَقًا، بل في المستنبَطةِ دونَ المنصوصِ عليها، فلِمَ قلتُمْ: إنّها غيرُ منصوصةٍ؟

= حماد بن زيد كما في «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب إذا قال الخاطب للولي: زوِّجني فلانة، فقال: قد زوَّجتُك بكذا وكذا، جاز النكاح، وإن لم يقل للزوج: أرضيت أو قبلت، ٥١٤١. ورواه كذلك محمد بن مطرف أبو غسان المدني كما في «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ٥١٢١.

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٥٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١١٩.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٤٣١. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨٦. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٩٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٦٩.

[أ/ ٨٢] سلَّمنا أنّها موجودةٌ في محلِّ النزاع، لكنَّها مُعارَضةٌ بما يمنعُ الصِّحّة.

وبيانُهُ من جِهةِ الكتابِ والسُّنّةِ والمعنَى؛ أمّا الكتابُ فقولُه تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، فإنّهُ دَليلُ التَّحرِيم، فإنّهُ معطوفٌ على تحريمٍ مُضافٍ إلى النِّكاح.

والأصلُ اشتِراكُ المعطوفِ والمعطُوفِ عليهِ في الحُكْم، ولأنّ التَّحريمَ المضافَ إلى كلِّ عينٍ يجِبُ حملُهُ على ما هو المتعارَفُ بالنِّسبةِ إلى تلكَ العين، والمتعارفُ هاهُنا إنّما هو إضافتُهُ إلى النكاحِ دونَ غيرِه.

وأمّا أنّ المرادَ بهِ النكاحُ من وَجهٍ فلِأنّهُ يَكونُ أقلَّ في الإضمار، وأبْعَدَ عَن تَخْصِيصِ عُمُومِ قولِه تَعالَى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٤].

في الرَّجعِيةِ وَفي نِكاحِ الأختِ في عِدّةِ أختِها جَمع بينهُما في النِّكاحِ من وَجْه، وهو استحقاقُ حَبْسِهِما حُكمًا للنكاحِ، فكان حرامًا.

وأمّا السُّنّةُ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «مَلْعُونٌ مَنْ جَمع ما بينَ أُخْتَيْنِ»[١].

والنكاحُ في العِدّة مَظِنّةُ ذلِك، فكان حرامًا؛ لكونِ اللعن مَلزومًا له، وانتفاءُ الصحةِ لازمُ الحرمةِ هاهُنا إجماعًا.

---

(١) لم أجده مرفوعًا للنبي ﷺ، وجاء في «مصنف ابن أبي شيبة» أن وهب بن منبه قال: «أشهد أنه فيما أنزل الله على موسى أنه ملعون من جمع بين الأختين». «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب النكاح، في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطؤهما جميعًا، **١٦٢٥٩**. أما تحريم الجمع بين الأختَين فقد ورد في القرآن وفي السنة، ومما ورد في السنة ما في «صحيح البخاري»: أن أم حبيبة، قالت: قلت: يا رسول الله، انكح أختي بنت أبي سفيان، قال: «وتُحِبِّين؟»، قلت: نعم، لست لك بمُخلِية، وأحَبُّ مَن شاركني في خير أختي، فقال النبي ﷺ: «إن ذلك لا يحل لي». «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، **٥١٠٧**.

وأمّا المعنى فهو أنّ الأختَ إذا كانتْ في العدّةِ فالنكاحُ قائِمٌ من وجه، ودليلُهُ ظهورُ آثارِه من منعِ الخروجِ والبرُوز، والتَّزَوُّجِ بزوجٍ آخر، والنفقةِ والسُّكنَى، ولحوقِ النَّسَب، وإذا كان النكاحُ قائمًا من وجهٍ فقد وُجِدَ دليلُ الحرمةِ من وجهٍ؛ إذْ هو بعضُ ما كُلُّهُ مُحَرَّم، فناسبَ امتِناعَ الصحّةِ احتياطًا كما في الرَّجعِيّة.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوّل: أنّ الأصلَ عَدمُ وُجودِ علةِ الأصلِ فيما ذكرهُ من الصُّوَرِ المتنازَعِ فيها، وإنْ عَلَّلُوا بما وَقعَ بِهِ الاشتراكُ من عُمومِ التَّصَرُّفِ الصّادرِ من الأهلِ في المحلّ، فهو بعينِه مُتَحَقِّقٌ في محلِّ النِّزاع.

وعن الثّانِي: بأنّ الأصلَ عدمُ التَّنصِيص.

وعن الآية: أنّ النَّهيَ وإنْ كان محمُولًا على النِّكاحِ فإمّا أنْ يُحمَلَ على ما هو العرفُ اللغويُّ؛ وهو الوطء، أو العرفُ الشَّرعيُّ؛ وهو العقد، ولهذا يُوصَفُ بالصِّحّةِ تارةً، وبِالبُطلانِ تارةً، وعلى كِلا التَّقدِيرَيْنِ فلا جَمْع.

وإنْ سَلَّمنا إرادةَ الجمع في النِّكاحِ من وجه فلا نُسَلِّمُ وقوعَ ذلِكَ [ب/ ٨٢] على ما يأتي في المعنَى.

وعن الخبر؛ أنّهُ يجِبُ حَملهُ على حالةِ الاشتِراكِ في الفراشِ حتَّى لا يُفضِي إلى تخصِيصِهِ بجوازِ الجمعِ فيما بعدَ انقِضاءِ العِدّة، ونكاحِ أختِ المستولَدةِ ولا فراشَ؛ لأنّهُ يستدعِي جوازَ الِاستفراش، ووجودَ المحالِ، ولا محال، ولحوقُ النَّسَبِ يَستدعِي الاستِنادَ إلى الفِراش، لا أن يكونَ الولدُ لمَن لَهُ الفراشُ حالًا.

ثم ما ذكروهُ من النصوصِ مُعارَضةٌ بقولِه تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، أباحَ نكاحِ ما طاب، وهذِهِ مِمَّن طابَتْ، فكانتْ داخِلةً تحتَ

العموم، ولا يُمكنُ حملُ ما طابَ على ما أُبيحَ حتَّى يَلزمَ الدَّوْرُ؛ لما فيه من مخالفةِ المتعارَفِ في إطلاقِ لفظِ الطِّيبِ على ما تميلُ إليهِ النَّفس، ويُرَجِّحُهُ الطَّبع، والتَّهافُتُ في الكلام من جِهةِ أنّ قولَه: ﴿فَأَنكِحُواْ﴾ للإباحة، وقيلَ: للتَّخْيير في الفِعلِ والتَّرك، وإباحةُ المباحِ تَهافُتٌ في الكَلام.

وعن المعنى: بمنعِ قيامِ النِّكاحِ من وَجه، والحبسُ ولُحوقُ النَّسَبِ فمن آثارِ الوَطءِ الحلال، بدليلِ ثُبوتِ ذلِكَ في وطءِ الشُّبهة، والنفقةُ فغيرُ واجبةٍ عندنا للبائِن، والسُّكنَى والمنعُ من التَّزَوُّج وإن كان من تَوابعِ النِّكاحِ فلا يلزمُ أنَّ كلَّ ما كان من توابعِ النِّكاحِ أنْ يَكونَ النِّكاحُ موجودًا مع وجودِه، بدليلِ حُرمةِ المصاهَرةِ والإرث.

وإنْ سلَّمنا أنّ النكاحَ في حقِّ المعتدّةِ قائمٌ من وجه، ولكنْ لا نُسَلِّمُ كونَه مُحَرَّمًا، وبعضُ المحرَّمِ لا يَلزمُ أنْ يَكونَ مُحرَّمًا.

وما ذكروهُ من المناسبةِ فلا بُدَّ لها من أصل، والرجعِيةُ إنّما امتنعَ نِكاحُ أختِها في عدَّتِها؛ لأنّ المَغضّة في حقِّها بتقديرِ تصحيحِ نكاحِ أختِها في عِدَّتِها أشدُّ من البائِن؛ لمزاحمَتِها لها في الميراث على تقديرِ الموت، ولأنّ كُلَّ ما ثَبتَ من آثارِ النكاحِ في حقِّ البائِنِ موجودٌ في حَقِّ الرَّجعِية، وزيادةُ اختصاصِها بالرَّجعةِ في نكاحِ أختِها في عدَّتها ما يمنعُ من جوازِ الرَّجعةِ المتَّفَقِ عليها، وهو ممتنِع.



[١٠٠] ـ مسألة [نكاح الزاني المخلوقة من مائه]

نكاحُ الزّانِي للْمخلوقةِ من مائِهِ حَلالٌ عندنا على القولِ المنصورِ في الخلافِ[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ القولَ بامتناعِ الحِلِّ يلزمُهُ أحدُ ممتنِعَينِ فيَمْتَنِع. [أ/ ٨٣]

بيانُ ذلك: أنّ الحُكمَ بذلِكَ إمّا أنْ تُلازِمَهُ السنة[٣] أو لا تلازمه.

والأول: يَلزمُهُ مُخالَفةُ قولِهِ عليهِ السَّلام: «الوَلَدُ للْفِراشِ، وَلِلْعاهِرِ الحَجَرُ»[٤].

والثاني: يلزمُهُ مُخالفةُ قولِهِ تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٤].

---

(١) قال النووي: «فرع: زنا بامرأة فولدت بنتًا، يجوز للزاني نكاح البنت، لكن يُكرَه، وقيل: إن تيقَّن أنها من مائه، إن تصوَّر تيقُّنه حرمت عليه، وقيل: تحرُم مطلقًا، والصحيح: الحل مطلقًا». «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ١٠٩. «النكت» للشيرازي، ٢: ١٥٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٢٢.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٤٩٢. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨٢. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٢٣.

(٣) كذلك ورد في المخطوط، ولعل الصواب: «النسبة»، كما يُفهَم من الحديث الآتي؛ لأنه إن لازمته النسبة فقد خالَف الحديث الذي نفى النسبة بين العاهر والولد، ولم يُعطِه غير الحجارة التي سيرجم بها، والله تعالى أعلم.

(٤) «صحيح البخاري»، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ٩٧٤٦. «صحيح مسلم»، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ١٤٥٧.

ضرورةَ كونِها خارجةً عَنِ المحرَّماتِ المعدودةِ في صَدْرِ الآية، وكُلُّ واحِدٍ من الأمْرَينِ مُمتَنِع.

فإنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ أنّها بنتٌ لَه.

وقولُهُ عليهِ السَّلام: «الولدُ للفِراشِ».

واردٌ بسَببِ قِصّةِ زَمعةَ[1]، فكان مُخْتَصًّا به، وإلا لَما جازَ تأخِيرُ البيانِ إلى حالةِ وجودِ السَّبَب، ولَما احتاجَ الرّاوِي إلى نَقْلِ السَّبب، ولجازَ تَخصِيصُهُ عن العُموم.

سَلَّمنا صِحّةَ الاحتِجاجِ به، لكِنَّهُ يَدُلُّ على نفيِ الولدِ عَنِ الزّانِي بمفهومِه، ولا نُسَلِّمُ أنّهُ حُجّة.

سَلَّمنا أنّهُ حجّةٌ، لكن يجب حملُهُ على نفيِ أحكام الوَلَدِيّةِ؛ من ثبوتِ الولاية، ووجوبِ النفقةِ، وغير ذلك؛ ضرورةَ إجراءِ إطلاقِ اسمِ البنت[2] عليها في العرف على حقيقتِه، ونفيًا لإشاعةِ الفاحشة، وإظهارِ النِّسبةِ إلى الزِّنى، بخلاف تحريمِ النكاح، فإنّهُ لا يُفْضِي إلى ذلك؛ لكونِهِ ثابتًا بينَ الشَّخصِ وبينَ اللهِ تعالى.

سلَّمنا أنها ليست بنتًا له، ولكن لا نُسلِّمُ حِلَّها له، والآية فلا نسلِّمُ عمومَها؛

---

(١) زمعة بن قيس العامري، هو والد سودة بنت زمعة أم المؤمنين، ووالد عبد بن زمعة الذي اختصم مع سعد بن أبي وقاص على عبد الرحمن بن زمعة؛ يدَّعي سعد أنه ابن أخيه؛ لشبهه بعتبة أخيه، ويدَّعي عبد بن زمعة أنه أخوه ابن زمعة؛ لأنه ابن جارية أبيه ووُلِد على فراش أبيه، فقضى به رسول الله ﷺ لعبدِ بن زمعة، وقال ﷺ: «الوَلَدُ للفِراشِ، ولِلعاهِرِ الحَجَرُ». «الاستيعاب في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر، ٢: ٨٣٣.

(٢) ورد في المتن «الثيب»، وهو وهم من الناسخ، والصواب ما أثبتناه.

لاحتمالِ أن يكون «ما» فيها بمعنى (الذي)، وإن كانت عامةً لكن لا سبيل إلى إثبات الحِلِّ بها في مَحَلِّ النِّزاع؛ للإجماعِ مِنّا ومنكم على نفيه فيه.

أمّا عندنا فظاهر، وأمّا عندكم فلِأنّ المنقولَ عن الشافعيِّ كراهتُهُ[1]، وأدنى درجاتِ الكراهةِ نفيُ الحِلّ.

سلَّمنا عدمَ الإجماعِ على نفيِ الحِلِّ عن محلِّ النزاع، إلا أنّهُ يلزمُ من إثباتِ الحِلِّ في محلِّ النِّزاعِ أن يكونَ مُعَلَّلًا بالقدرِ المشتركِ بينَ المخلوقةِ من مائِه، وغيرِ المخلوقةِ من مائِه، ويلزمُ من ذلك إلغاءُ ما اختَصَّتْ بهِ غيرُ المخلوقةِ من مائِهِ؛ من زيادةِ شهوةِ الزوجِ لها بالنسبةِ إلى شهوةِ المخلوقةِ من مائِهِ على ما يشهدُ بهِ العُرف، فكان أفضَى إلى مقاصدِ النكاح، ولهذا قال عليه السلام: «لا تتَزَوَّجُوا القرابةَ القَرِيبةَ؛ فإنّ الولدَ يُخلَقُ ضاوِيًّا»[2]، أيْ: نَحِيفًا، بسَبَبِ قِلّةِ الشَّهوة، ولاختِصاصِها بإنشاءِ وُصلةٍ في مَحَلٍّ لا وُصلةَ فيه بوجهٍ من الوجوه، وذلك كُلُّهُ مناسِبٌ للحِلّ، والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقِهِ، فإلغاؤُهُ يَكونُ ممتنِعًا.

سلَّمنا انتِفاءَ هذا المحذُور، ولكِن إنّما يمكِنُ إثباتُ الحِلِّ في مَحلِّ النزاعِ إذا لم يُوجدْ مانِعُه.

وبيانُ وُجودِ المانعِ أنها وإن لم تكن بنتَهُ شرعًا إلا أنّها جزءٌ مِنهُ على ما سبقَ في الزَّوائِدِ المنفصِلة، وفي حِلِّ النِّكاحِ ما يُوجِبُ لُحُوقَ الإذلالِ بحُرّة، بسببِ الافتراشِ والحَبسِ والحجر، وفيه نسبةُ الزوجِ إلى سُقُوطِ المروءةِ

---

(١) «الأم» للشافعي، ٥: ٣٢.

(٢) قال ابن الصلاح: «لا أجد له أصلًا معتمدًا، و«ضاويًّا»، بتشديد الياء، أي: نحيفًا ضعيفًا؛ لأن شهوته لا تتم على قريبة». «البدر المنير»؛ لابن الملقن، ٧: ٤٩٩.

ودناءةِ النفس، فناسَبَ ذلك نَفْيَ الحِلّ؛ دَفْعًا لهذا المحذُور، والشاهِدُ لهُ بالاعتِبارِ بنتُ الرِّشْدةِ[١]، والاستمناءُ باليد.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ الاحتِجاجَ إنما هو بعُمومِ اللفظ، ولذلِكَ كان حُجّةً وإن لم يَرِدْ على سَبَب، وإنّما لم يَجُزْ إخراجُ السَّبَبِ عن العمومِ بالاجتهاد؛ لتناوُلِ العمومِ قطعًا، ولذلِكَ نَقَلَهُ الرّاوِي، وتأخِيرُهُ إلى حالةِ وجودِ السَّبَبِ لحكمةٍ استأثَرَ الرَّبُّ تعالى بها.

وعن الثاني: أنّ الإجماعَ ليسَ بمفهومِ الخبر، بل من جهةِ أنّهُ جعلَ الولدَ مُبتدَأً والفِراشَ خبَره، وحَقُّ المبتدأ أن لا يكونَ أعَمَّ من الخبر، وفي إثباتِ الولدِ لغيرِ الفراشِ ما يُوجِبُ جَعْلَ المبتدأ أعمَّ من الخبرِ، وهو ممتنِع.

وعن الثالث: أنّهُ إضمار، والأصلُ إجراءُ لفظِ الولدِ في النَّفيِ على الحقيقة، وإطلاقُ اسم البنتِ عليها، وإن كان الأصلُ فيه الحقيقةَ، إلا أنّ المحافظةَ على الحقيقةِ فيما ذكرناهُ أولَى؛ لما فيه من المحافظةِ على العموماتِ الدّالّةِ على التَّوريثِ والنَّفقة؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ﴾ [النساء: ١١].

وقولِهِ تَعالَى: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

بخلافِ ما ذكروه.

وعن الرابع: أنّ حملَ الآيةِ على العمومِ أوْلَى؛ لعدمِ تَوَقُّفِ العملِ بهِ على دليلٍ من خارج، بخلافِ حَملِهِ على الخُصوصِ؛ لكونِهِ غيرَ مُعَيَّن.

---

(١) بنت الرشدة، صحيحة النسب، وهو خلاف قولهم: بنت الزنية أو بنت الغية، (والرِّشدة بكسر الراء وفتحه)، وكذلك الزنية والغية، (بفتح الزاي والغين وكسرهما). «جمهرة اللغة» لابن دريد، ٢: ٦٢٩. «المصباح المنير» للفيومي، ١: ٢٢٧.

وعن الخامِس: أنّ المرادَ بالحِلِّ إنما هو نفيُ الحرج، ولا مُنافاةَ بينَهُ وبينَ كراهةِ البنويّة. [أ/ ٨٤]

وعن السّادِس: بمنعِ إفضاءِ الحِلِّ إلى إلغاءِ المناسِبِ المعتبَر.

قولهم: إنّ الأجنبيةَ أشْهَى، لا نُسَلِّمُ ذلك، ودليلُهُ إقدامُهُ على التَّزَوُّجِ بالمخلوقةِ من مائِهِ دونَ غيرِها، بل غايةُ ذلك أنّ شهوتَهُ لها تكون أندَر، ولا جرمَ قلَّما يَقَعُ الإقدامُ على ذلِك.

وما ذكروهُ من الثّانِي فهو مُلْغًى بسببِ العَمِّ والعَمّة، والخالِ والخالة، فإنّهُ يصِحُّ التزويجُ بها وإن لم يَكن مُحصِّلًا للْوُصْلةِ في مَحَلٍّ لا وُصلةَ فيه.

وعن السُّؤال الأخير: بمنعِ كونها جزءًا منهُ كما سبقَ في الزوائدِ المنفصلة.

وإن سلَّمنا الجزئية ولكنْ لا نُسَلِّمُ إذلالَ الجزء، بل هو انتفاعٌ كما في استعمالِ يَدِهِ في الاستنجاءِ وغيرِه.

وإن سلَّمنا الإذلالَ، وأنّهُ مناسِبٌ لنفيِ الحِلّ، ولكن لا يمكنُ اعتبارُ بنتِ الرِّشدة ـ لاختصاصِها بالبنتيةِ ـ حقيقةً وشرعًا، وهو مناسبٌ لنفيِ الحلّ، والحكمُ غير مقترِن به، ولا بالاستمناءِ باليد؛ لما فيه من تَضْيِيعِ الماء الذي يُفطَرُ منهُ الآدميُّ مِثلُه، وحيثُ جوَّزنا العزلَ عن الأمةِ فلِلحذرِ من فواتِ ماليَّتِها بتقديرِ العُلوق، وعلى هذا فلا نُسَلِّمُ جوازَ العزلِ عن الحرّة مُطلقًا.



[١٠١] ـ مسألة [نكاح أحد الزانيين فصول الآخر وأصوله]

يحِلُّ لكلِّ واحدٍ من الزّاني والمزنيِّ بها نكاحُ أصولِ الآخرِ أو فُصُولِهِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ولنفرضِ الكلامَ في نكاحِ الزّاني لأُمِّ المزنيِّ بها وبنتِها فنقول: العلةُ المقتَضِيةُ لمحلِّ نكاحِهِ قبلَ الزِّنَى إن لم تكن موجودةً بعدَ الزِّنى لَزِمَ الحِلّ.

فإن قيل: أمّا ما يتعلقُ بالقصورِ فقد عُرِفَ ما فيه.

وإن سلَّمنا وجودَ علّةِ الأصلِ في الفرعِ إلا أنّهُ قد وُجِدَ المانعُ من الحِلّ، وبيانُ ذلك هو أنّ الوطءَ من البالغِ في محلِّ الحرثِ سببٌ لإيجادِ الولد، والولدُ الموجودُ يضافُ إلى الواطِئِ والموطوءةِ على سبيلِ الكمال، حيثُ يُقالُ: هذا ولدُ هذا وولدُ هذِه، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة، وصحّةُ إضافتِهِ إلى كلِّ واحدٍ منهُما مع استحالةِ تولُّدِهِ بكُلِّيَّتِهِ من كلِّ واحدٍ منهُما يوجِبُ الاتحادَ بينهُما حُكمًا تصحيحًا لهذه الإضافة، ويلزمُ من ذلك أن تكون بنتُ الموطوءةِ بنتَهُ وأمُّها أمَّهُ حُكمًا، وكذلك بالعكس، فتكونُ محرَّمةً عليهِ لقولِه تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٥٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٢٥.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٤٤٩. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨١. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٢٥.

ولأنّهُ جزءٌ من أُمِّه، وبنتُهُ جزءٌ منه، وذلِكَ مُناسِبٌ للتَّحريمِ كما سبق في المسألة التي قبلها، والشاهدُ له بالاعتبارِ الوطءُ الحلال.

والجوابُ عمّا يتعلقُ بالقُصور ما سبق.

وعن السُّؤالِ الثّاني أنّا نفرضُ الكلامَ فيما إذا لم يحدُثْ من الوطءِ بينهُما ولد، وعلى هذا فلا يَتَّجِهُ شيءٌ مِمّا ذكروه، وإنْ حَدَثَ ولدٌ وتَعَذَّرَ نِسْبَتُهُ بكُلِّيَّتِهِ إلى كُلِّ واحدٍ منهُما حقِيقةً، فلا يَلزمُ منهُ الاتحادُ بينَ الواطِئِ والموطُوءةِ حُكمًا؛ إذ ليسَ ذلك أوْلَى من تَعَدُّدِ الولدِ حُكْمًا، بل هو أوْلَى؛ لما فيه من موافقةِ العُمومِ في قولِهِ تَعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

وموافقةُ ما ذكرناهُ من الدَّليل، سَلَّمنا الاتِّحادَ الحُكْمِيَّ بينَ الواطِئِ والموطوءة، وأنّ ذلك يَسْتَلْزِمُ جَعْلَ أمِّها أمًّا له، وبِنتِها بنتًا لهُ حكمًا، ولكن لا يلزمُ منهُ التحريمُ بمقتضَى الآية؛ إذِ الأصلُ تنزيلُها على مُسَمَّى الأمِّ والبنتِ حقيقةً لا حُكمًا.

وما ذكروهُ من مناسبةِ الجزئية للتَّحريم فقد عُرِفَ ما فيه في المسألةِ المقدَّمة.

وإن سلَّمنا المناسبة لكنْ لا بُدَّ لها من أصل، والأصلُ المذكورُ فيناسِبُ أن يكونَ المحرَّمُ فيه الجزئيةَ حقيقةً وشرعًا، وذلك غيرُ متحقِّقٍ فيما نحنُ فيه.



[١٠٢] ـ مسألة [نكاح الأمة للقادر على طول الحرة]

القادرُ على طَولِ الحُرّة لا يَصِحُّ نِكاحُهُ للأمةِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمعنا على امتناع نكاحِ الأمةِ إذا كان تحتَهُ حُرّة، وأنّهُ لا يُمنعُ نِكاحَ الحرّة إذا كان تحتهُ أمة.

دليلُنا أنّهُ لو صَحَّ النِّكاحُ لكان مُعَلَّلًا بما وَقَعَ بهِ الِاشتراكُ من المقاصِدِ بينَ نكاحِها ونكاحِ الحرّة؛ إذِ الأصلُ عدمُ اختصاصِ الأمةِ بما لا وُجودَ لهُ في الحرّة يكونُ داخلًا في التَّعليل، ويلزَمُ من ذلك إلغاءُ ما اختَصَّ بالحُرّة من المقاصدِ التي لا وجودَ لها في الأمةِ مع القُدرة على تحصيلِها، وذلك كَحُرِّيّةِ الولد، والاعتضادِ بمالِ الحرّة وعشائِرها وقبائِلِها، مع مناسبتِها واعتبارِها، وهو ممتنِع.

وكلُّ ما وجَّهناهُ على هذا النَّمَطِ من الاعتراضاتِ وجِهاتِ الانفصالِ عنها في الخارجِ النجسِ فهو بعينهِ متوجِّهٌ هاهُنا، فعليكَ بنقلِهِ إلى هاهُنا.

ويختصُّ هاهنا بمعارضةٍ نَصِّيّة، كقولِهِ تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٥٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٣٢.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٤٦٦. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨٧. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٨٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٧٢.

وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]. [أ/ ٨٥]

وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

وهذهِ النُّصوصُ تدُلُّ بعمومِها على أنّ النكاحَ في مَحَلِّ النِّزاعِ مأمورٌ بهِ وحلال، والأمرُ بهِ وحِلُّهُ يستلزِمُ الصِّحةَ، وإلا لما كان مُفيدًا.

والجوابُ عن الآيات أنّها إنما وردتْ خاصّةً بالحرائر.

أمّا الأُولَى: فبدليلِ قولِه: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَـٰثَ وَرُبَـٰعَ﴾ [النساء: ٣].

وأمّا الثّانِية: فبدليلِ قولِه: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤].

وأمّا الثّالِثة: فبدَليلِ قولِه: ﴿إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

وذلِكَ كلُّهُ لا يَتحَقَّقُ في غيرِ الحرائِر.



[١٠٣] ـ مسألة [العيوب التي يثبت بها حق فسخ النكاح]

العيوبُ الخمسةُ، وهيَ: الرَّتَقُ[١]، والقَرَنُ[٢]، والجنونُ، والبَرَصُ، والجُذامُ، يَثبُتُ بها حَقُّ الفسخِ في النِّكاحِ عندنا[٣]، خلافًا لهم[٤].

وقد أجمعنا على جوازِ تفرقةِ القاضِي بينَ الزَّوجينِ بالجَبِّ[٥] والعُنّةِ[٦] من غيرِ مَهْر، وعلى جوازِ الفسخِ في ذلك في البيع.

دليلنا أنّ علةَ الفسخِ في البيعِ إن لم تكن موجودةً في محلِّ النزاعِ فهي قاصرةٌ باطلة، وإن كانت موجودةً فيه لزمَ الحكمُ بالفسخ.

وما يُعتَرَضُ به على القُصورِ والجواب عنه: فقد سبق في مسألة زكاة الصبيِّ فعليكَ بنقله إلى هاهنا.

---

(١) قال النووي: «الرتق؛ بفتح الراء والتاء، هو التحام الفَرج بحيث لا يمكن دخول الذَّكَر». «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي، ص٢٥٥.

(٢) قال النووي: «القرن ـ بفتح الراء وإسكانها ـ قال أهل اللغة: القَرن ـ بإسكان الراء ـ هو العَفَلة ـ بالعين المهملة والفاء المفتوحتين ـ وهي لحمة تكون في فم فرج المرأة، وقيل: عظم، والمشهور لحمة». «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي، ص٢٥٥.

(٣) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٦٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٤٧.

(٤) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٩٥. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٨٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٦٢.

(٥) قال النووي: «المجبوب من جُبَّ ذَكَرُه، مشتق من الجَبّ وهو القطع». «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي، ص٢٥٦.

(٦) قال النووي: «العِنِّين ـ بكسر العين والنون المشددة ـ هو العاجز عن الوطء، وربما اشتهاه =

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو أنّ العلةَ الموجبةَ للفسخِ وإن كانت موجودةً في محلِّ النزاعِ إلا أنّهُ فاتَ شرطُه، وبيانُهُ أنّ شرطَ الفسخِ قبولُ النكاح به، وهو غيرُ قابلٍ للفسخِ، بدليلِ أُمُور:

الأوّل: أنّا حيثُ أجمعنا على الفسخِ في البيعِ وغيرِه كان المتَّفَقُ عليهِ اعتبارَ قولِه: فسَخْت، في تـرادِّ المِلْكَين؛ إذِ الأصـلُ عـدَمُ اعتبـارِهِ فيمـا وراءَ ذلِك، والأصلُ اعتبارُ اللفظِ فيما أشْعَرَ بهِ في الأصل؛ نَفيًا للاشتراكِ والتَّجَوُّزِ المخالِفِ للأصل، ولا تحقُّقَ لذلِكَ في الفرع؛ لأنّ ما مَلَكَهُ الزَّوجُ من الزَّوجةِ إنّما هو الاستمتاعُ بها وببُضعِها، وهي فلم تكن مالكةً لذلِكَ قبل ملكِ الزوجِ له حتى يُقالَ بعَزْوِهِ إليها.

الثاني: أنّ تقريرَ النِّكاحِ وأحكامه على خلافِ الدَّليل؛ لما فيه من ذُلِّ استفراشِ المرأةِ، والحبسِ، والحَجْرِ المناسِبِ لنفْي ذلِك، المعتبَرِ بما قبل العقد، إلا أنّا خالفناهُ فيما تظهرُ فيه مقاصِدُ النِّكاح، والفسخُ مُبطِلٌ للنكاحِ ومقاصِدِه، فلا يُقدَّرُ النكاحُ؛ لإيرادِ الفسخِ عليه.

الثالث: أنّ الفسخَ لما تقدَّمَ في وَطْءِ الثيِّبِ رفعٌ للعقدِ من أصلِه، وذلك [ب/٥] يُفْضِي إلى تَبيينِ وُقوعِ الوطءِ في مَحلٍّ لا ملكَ لهُ فيه ولا شبهةَ مِلك، من غيرِ مهرٍ ولا عقوبة، وهو ممتنع.

والجواب: أنّ ما ذكروهُ باطلٌ بما أجمعنا عليهِ من فسخِ الأمةِ إذا أعتقتْ تحتَ عبد، وفَسخِ الوليِّ إذا عضلَ وزوَّجَ الحاكمُ من غيرِ كُفْؤ، ولولا أنّهُ غيرُ قابلٍ للفسخِ لما ثبتَ الفسخ، ولا يمكنُ أن يقالَ بأنّ العقدَ في هذه الصُّورةِ

= ولا يمكنه». «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي، ص٢٥٥.

موقوفٌ على إجازة الأمةِ بتقديرِ العتقِ وإجازةِ الوليّ، فإن أجازَ تَبَيَّنّا انعقادَ العقدِ وإلا فلا؛ لوجهَين:

الأوَّل: أنّ المعتبَرَ إنما هو لفظُ الفسخ، والأصلُ اعتبارُهُ فيما أشعرَ بهِ من حِلِّ العقدِ وفسخِه، ولذلك يُضافُ إلى العقد، وفيما ذكروهُ إبطالٌ لذلِك.

الثّاني: أنّهُ لو كان كما ذكروهُ لَما جازَ التَّصَرُّفُ في منافعِ البُضعِ دونَ إجازةِ مَن لهُ الإجازةُ؛ دفعًا للضَّرَرِ عنه، كما في البيعِ بشرطِ الخيار، وبيعِ الفضوليِّ على أصلِهِمْ.



مسائل الصداق

[١٠٤] ـ مسألة [لزوم المهر للأب إذا استولد جارية ابنه]

إذا استولدَ الأبُ جاريةَ ابنِهِ لزِمَهُ المهرُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على وجوبِ نصفِ المهرِ مع الإجبارِ إذا كانتْ مشتركةً بينهُما.

دليلُنا أنّ علةَ وجوبِ المهرِ مع عدمِ الإحبالِ إن لم تكن مَوجودةً في محلِّ النِّزاعِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه وجبَ المهر.

وما يُعتَرَضُ بهِ على القُصورِ وجوابه فقد عُرِفَ ما فيه فيما تقدَّم.

وتختصُّ هذهِ المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو بيانُ وجودِ المانعِ في الفرعِ، وذلك أنّ المهرَ حيثُ وجبَ إنما وجبَ تضمِينًا لمنافعِ البُضْع؛ لأنها مُناسِبةٌ لهُ مُعتبَرةٌ فيه، وتفويتُ منافعِ البُضعِ في الفرعِ مُؤَدِّيةٌ إلى تضمينِ الجملةِ إجماعًا، وهو مانعٌ من تضمينِ البعض؛ ضرورةَ كونِه مندرجًا في تضمينِ الجملة، وصارَ كما لو قطعَ يدَهُ وسَرَى إلى نفسه، فإنّهُ لما كان قطعُ اليدِ مُؤَدِّيًا إلى تضمينِ الجملةِ لم يكن مُضَمَّنًا لليَد.

وجوابُه بمَنعِ وجوبِ قيمةِ الجملةِ على رأيٍ لنا.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٢٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٨٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٦٢.

[١٠٥] ـ مسألة: [استحقاق المفوضة للمهر بالعقد]

[أ/٨٦] المفَوِّضةُ لا تَسْتَحِقُّ المهرَ بالعقدِ عندنا على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ(١)، خلافًا لهم(٢).

وإنما قلنا ذلك لأنّ الحكمَ بذلك يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ الاستحقاقِ النَّصُّ والمعنَى والحُكم؛ أمّا النَّصُّ فمن جِهةِ الكتابِ والسُّنّة؛ أمّا الكتابُ فقولُهُ تعالَى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، مُسْتَثْنًى عن المحرَّماتِ في صدرِ الآية، والمستثنَى عن الأصلِ بقيد لا وجودَ له دونَ ذلِكَ القيد.

وأيضًا قولُهُ تعالَى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

في جوازِ الواهِبةِ نفسَها له بلا عِوَض، فلو شاركَهُ غيرُهُ في هذهِ الخُصوصِيّةِ لبَطَلَتْ فائدةُ التَّخصِيص.

وأمّا السُّنّة: فما رُوِيَ عن ابنِ مسعودٍ أنّهُ سُئِلَ في مثلِ هذِهِ المسألةِ فقال: «أرَى لَها مِثلَ مَهْرِ نسائِها، لا وَكْسَ ولا شَطَط، فقال أناسٌ من أشجع: نَشهَدُ

(١) قال النووي: «هل تستحق المفوِّضة مهر المثل بنفس العقد، أم لا يجب بنفس العقد؟ فيه قولان؛ أظهرهما الثاني». «روضة الطالبين» للنووي، ٧: ٢٨١. «النكت» للشيرازي، ٢: ١٨٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٤٥.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٦٥٠. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٠٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٤٩.

أنّكَ قضيتَ بمثلِ ما قضَى بهِ رسولُ اللهِ ﷺ في امرأةٍ منّا يُقالُ لها: يَرْبُوعُ[١] بنتُ واشِقٍ الأشجَعِيِّ»[٢].

وأمّا من جهةِ المعنَى فهو أنّ صحّةَ النِّكاحِ على خلافِ الدَّليل؛ لما قرَّرناهُ في فسخِ النِّكاحِ بالعيوبِ الخمسة، غير أنّا خالفْناهُ في حالةِ بَذْلِ العوضِ الماليّ؛ لما فيه من جَبْرِ المرأةِ بتَهْوِينِ ما يَلحقُها من ذُلِّ النِّكاح، وإدامةُ النِّكاحِ بينَ الزَّوجين، وتقرِيرُ مقاصِدِهِ فيما عدا ذلك يبقى على حكمِ الدَّلِيل.

وأمّا من جهةِ الحُكمِ فثلاثةُ أحكام:

الأوَّل: وجوبُ المهرِ بعدَ الوطء، ولو لم يَكُنْ واجِبًا بالعقدِ لَما وَجبَ بالوطء؛ لكونِهِ مُسْتَحَقًّا بالعقد.

---

(١) اسمها بِروَعُ بنت واشق الأشجعية. «معرفة الصحابة» لأبي نعيم، ٦: ٣٢٧٨. ولعل الناسخ أخطأ في كتابة اسمها، بدليل كونه سيصلح اسمها فيما بعد، وقال النووي: «هي بروع ـ بباء موحدة مكسورة، ثم راء مهملة ساكنة، ثم واو مفتوحة، ثم عين مهملة ـ وأبوها واشق ـ بالشين المعجمة المكسورة، وبالقاف ـ وهي كلابية رواسية، وقيل: أشجعية، وكانت امرأة هلال بن مرة. قال الجوهري في «صحاح اللغة»: أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء، والصواب الفتح؛ لأنه ليس في الكلام «فِعوَل» إلا: خروع، وعتود، اسم وادٍ. وذكر صاحب «المحكم في اللغة» في بروع نحو قول الجوهري، وقد قال القلعي: سماعنا فيه بالباء المعجمة بموحدة مكسورة، والراء المهملة، قال: والمعروف عند أهل اللغة في الأسماء: تزوع، بالتاء المعجمة بثنتين من فوق وبالزاي المعجمة، وهذا الذي قاله تصحيف ليس بمعروف». «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي، ٢: ٣٣٢.

(٢) «سنن أبي داود»، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يُسَمّ صداقًا حتى مات، ٢١١٤. «سنن الترمذي»، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، ١١٤٥، وقال الترمذي بعده: هذا حديث حسن صحيح. «سنن النسائي»، كتاب النكاح، إباحة التزوج بغير صداق، ٣٣٥٤. «سنن ابن ماجه»، كتاب النكاح، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، ١٨٩١.

الثّاني: أنّها تملِكُ المطالبةَ بالعِوض، ولو لم يثبُتْ بالعقدِ شيءٌ لَما استَحَقَّتِ المطالبةَ بتقديرِه.

الثّالث: أنّ الوليَّ لو زَوَّجَ الصغيرةَ من غيرِ مَهْرٍ صَحَّ وثَبَتَ المهر، ولو كان النكاحُ قابِلَ التَّمليكِ بعوضٍ تارةً، وبغيرِ عوضٍ تارةً لَما صَحّ، كما لو وهبَ مالها، على هذا نقول: لو مات الزَّوجانِ وتقادمَ العهد، أو نكحَ ذِمِّيٌّ ذمِّيّةً من غيرِ مَهْرٍ، أو زَوَّجَ السَّيِّدُ أمَتَهُ من عبدِهِ؛ إنّ المهرَ يجبُ في الصُّورتَينِ الأُولَيين، ولا يَصِحُّ النِّكاحُ في الصُّورةِ الثّالِثةِ على رَأيِ أبي يوسف ومحمَّد.

وإن سلَّمنا صِحّةَ النِّكاحِ في الصُّوَر كلِّها مع انتفاءِ المهرِ على رأيِ أبي حنيفة[١]، فالعذرُ في الصُّورةِ الأُولَى تَعَذُّرُ الاستيفاءِ لمَهرِ نِساءِ العشيرةِ الذينَ هم اعتبارُ مَهرِ المثل، وفي الصُّورة الثالثة[٢] الفداءُ مَنًّا لهم بعقدِ الذِّمّةِ المبركة[٣] وما يعتقِدُونَه، [ب/٨٦] وفي الصُّورةِ الثّالِثةِ أنّهُ يجِبُ ابتداءً ويَسقُطُ دوامًا؛ لتَعَذُّرِ استيفائِه؛ ضرورةَ اتحادِ المستوفي والمستوفَى منه.

والجوابُ عن الآيةِ الأُولَى: أنّ التحليلَ منها خاصٌّ بأعدادٍ غيرِ أعدادِ التحريم، فـ[الـ] منفيُّ قبلَ الحلِّ إنما يدلُّ على نفيِ الحِلِّ فيما عدا أعدادِ التَّحريم بمفهومِه، وليسَ بحُجّةٍ عندهُمْ، وعلى الصَّحِيحِ عندنا، وإن كان حُجّةً لكن إذا لم يَخرُجْ مَخرَجَ الأعَمِّ الأغلب، والغالِبُ أنّ انتفاءَ الحِلِّ لا يكونُ إلا بالمآل.

وعن الآيةِ الثانية: أنّ الخُلوصَ فيها عائِدٌ على انعقادِ النِّكاحِ بلفظِ الهبة، ويجِبُ الحملُ عليهِ نفيًا للتَّعارُض.

---

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٢: ٢٧٤.

(٢) كذلك ورد في المخطوط، والصواب: «الثانية».

(٣) كذلك ورد في المخطوط، ولم أفهم المراد منه.

وعن المنقولِ عن ابن مسعود: أنّهُ مذهبُ واحدٍ من الصَّحابةِ[١]، ولا حُجّةَ فيه، ولا سِيما مع مصيرِ عليٍّ[٢] وابنِ عبّاسٍ[٣] إلى مثلِ مذهبِنا.

وما نُقِلَ عن النَّبيِّ ﷺ فلم يَثْبُتْ[٤]، ولهذا قال عَليٌّ في حَقِّ الرّاوِي لذَلِك: «كيفَ يُترَكُ كتابُ اللهِ ربِّنا وسنّةُ رسولِ اللهِ نبيِّنا لقَولِ أعرابيٍّ بَوّالٍ على عَقِبَيْهِ؟»[٥].

ونُقِلَ عن بعضِ الأشجَعِيِّينَ أنّهُ قال: «لم يَكُن فينا امرأةٌ يُقالُ لها برْوَعُ بنتُ واشِقٍ»[٦].

---

(١) بل رُوِي عن ابن عمر كذلك أن لها الصداق، انظر: «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب النكاح، في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها، ١٧١١٨.

(٢) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب النكاح، في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها، ١٧١١٤.

(٣) رُوِي عن ابن عباس قولان، ففي «مصنف ابن أبي شيبة» أنه قال: لها الصداق أو نصفه، وفي «مصنف عبد الرزاق» أنه قال: إن لها الصداق، «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب النكاح، في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها، ١٧١١٦. «مصنف عبد الرزاق»، كتاب النكاح، باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت، ١٠٨٩٧. وورد في «مصنف عبد الرزاق» أيضًا أن لا صداق لها، كتاب النكاح، باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت، ١٠٨٩٥.

(٤) تقدم تخريجه، وقول الترمذي بعده: «هذا حديث حسن صحيح».

(٥) في «تفسير الموطأ» للقنازعي عن علي رضي الله عنه: «لا تصدق الأعراب على رسول الله ﷺ». «تفسير الموطأ» للقنازعي، ١: ٣٤٥. وانظره أيضًا في «الاستذكار» لابن عبد البر، ٥: ٤٢٥. و«المنتقى» للباجي، ٣: ٢٨٣. وما ذكره المؤلف لم أجده عند المتقدمين، وممن ذكره من المتأخرين المغربي في «البدر التمام شرح بلوغ المرام»، ٧: ٢٧٤. «سبل السلام» للصنعاني، ٢: ٢٢١.

(٦) قال النووي: «قال أبو سعيد الدارمي: ما خلق الله معقل بن سنان قط، ولا كانت يربوع بنت =

وعن المعنى: أنّهُ منتقِضٌ بما إذا زَوَّجَ السَّيِّدُ أمَتَهُ من عبدِهِ فإنّهُ يَصِحّ، والمهرُ غيرُ واجبٍ بالإجماعِ مِنّا ومن أبِي حنيفة.

قولهم: إنّهُ يَجِبُ ويَسقُطُ في الدَّوامِ، غيرُ صَحِيحٍ؛ لأنّ الوجوبَ لا بُدَّ لهُ من فائدة، ولا فائدةَ مع تَعَذُّرِ الاستيفاءِ ابتداءً ودوامًا، وأمّا الأحكامُ فهي ممنوعةٌ عندنا.



= واشق قط، وهذا الذي قاله الدارمي غلط منه وجهالة؛ لما علمه الحفاظ وغيرهم، والصواب ما قدَّمناه، وإنما ذكرت هذا لأنبه على بطلانه؛ لئلا يراه من لا يعرف حاله فيتوهمه صحيحًا». «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي، ٢: ١٠٥. ونقل النفي عن أبي سعيد أيضًا: «التاريخ الكبير» لابن أبي خيثمة، ١: ٥٤٩. و«إكمال تهذيب الكمال» لمغلطاي، ١١: ٢٩١. ونقل ابن عساكر في «تاريخ دمشق» النفي عن أبي سعيد، ونقل بعده نفي دخول معقل بن سنان الكوفة قط، وقال: «وهذا القول الثاني أشبه في إنكاره دخولَه الكوفة، فأما إنكار كونه على الجملة فغير صحيح»، وعلى نفي دخوله الكوفة اختصر ابن منظور «تاريخ دمشق» لابن عساكر. انظر «تاريخ دمشق» لابن عساكر، ٥٩: ٣٨٦. «مختصر تاريخ دمشق» لابن منظور، ٢٥: ١٣١.

[١٠٦] ـ مسألة [تقرر المهر مع الخلوة الصحيحة]

الخلوةُ الصَّحِيحةُ وهي ما انفَكَّتْ عن الموانعِ الحِسِّيّةِ والشَّرعِيّةِ لا يَتقَرَّرُ معها المهرُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنّ القرارَ يستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ القرارِ الكتابُ والسُّنّةُ والإجماعُ والمعنَى؛ أمّا الكتابُ فقولُهُ تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۞ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠-٢١].

والمرادُ بالإفضاءِ الوصول، وقد تحقَّقَ ذلك بالخلوة.

وأمّا السُّنّةُ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «مَن كَشَفَ قِناعَ امْرَأةٍ/ فقدْ وَجَبَ المهرُ كامِلًا»[٣]. [٨٧/أ]

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٧٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٥٦.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٧٠٦. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٠١. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٩٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٧٨.

(٣) في «سنن الدارقطني» مرسلًا عن ابن ثوبان بلفظ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق؛ دخل بها أو لم يدخل بها». «سنن الدارقطني»، كتاب النكاح، باب المهر، ٣٨٢٤. قال ابن حجر: «وفي إسناده ابن لهيعة مع إرساله، لكن أخرجه أبو داود في «المراسيل» من طريق ابن ثوبان، ورجاله ثقات». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ٣٩١. قلت: وما في =

وأمّا الإجماعُ فهو أنّ الخلفاءَ الرّاشدينَ قَضَوا بأنّ مَنْ أغْلَقَ بابًا على امرأة، وأرْخَى عليها سترًا؛ وَجَبَ المهرُ كامِلًا[١]، وشاع ذلِكَ بينَ الصَّحابة، ولم يُوجَدْ لهُ نكِيرٌ فكان إجماعًا[٢].

وأمّا المعنى فهو أنّ الوطءَ الواحِدَ مُقَرِّرٌ للمهرِ إجماعًا، وقد وُجِدَ التَّمكِينُ من المقرَّرِ بالخلوةِ الصَّحيحة، فناسَبَ التقريرَ دفعًا لما فاتَ عليها من منافِعِ بُضعِها حالةَ التَّمكِين، ولما فيه من تحقيقِ المعادلةِ بينَ الزوجينِ بمقابلةِ تمكُّنِ الزوجةِ مِنِ استيفاءِ المهر؛ لتَمَكُّنِ الزَّوجِ مِنِ استيفاءِ الوطءِ المقرَّر، كما لو مَكَّنَ الآجِرُ للمستأجِرِ من الانتفاعِ بالعينِ المستأجَرةِ مُدّةَ الإجارةِ ولم ينتفِعِ المستأجِرُ بها.

والجوابُ عن الآيةِ والخبر: أنّهُ أمْكَنَ حَملُ الإفضاءِ في الآية، وكشفُ القِناعِ في الخبرِ على الوِقاع؛ لما بينهُما من التَّلازم، ويجبُ الحملُ على ذلِكَ؛

= مراسيل أبي داود أتى بلفظ: «مَن كَشَفَ المَرأةَ فَنَظَرَ إلى عَورَتِها فَقَد وجَبَ الصَّداقُ»، وليس فيه ابن لهيعة وإن كان مرسلًا كحديث الدارقطني. «المراسيل» لأبي داود، باب في المهر، ٢١٤. والحديث بلفظ المؤلف عند العمراني في «البيان» ولم يَعزُه. «البيان في مذهب الإمام الشافعي» للعمراني، ٩: ٤٠٣.

(١) يشير إلى ما جاء في «مصنف عبد الرزاق»، عن جعفر بن سليمان قال: حدثنا عوف قال: سمعت زرارة بن أوفى يقول: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق بابًا وأرخى سترًا فقد وجب عليه المهر». «مصنف عبد الرزاق»، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، ١٠٨٧٥.

(٢) بل خالف بعض الصحابة في ذلك، وهو ابن عباس، فقد أفتى بأن لها نصف الصداق ما لم يثبت الجماع، وقال به كذلك من غير الصحابة شريح، وعبد الملك، وطاوس، وقد سُئِل عطاء عن قضاء عبد الملك بذلك فقال: إن الناس عابوه، كما عاب الناس ذلك على شريح، مما يدل على أنه إجماع انعقد أو شبهه كما قال المصنف رحمه الله. انظر «مصنف عبد الرزاق»، ٦: ٢٨٨، ٢٩١.

جمعًا بينهما وبينَ قولِهِ تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فإنَّهُ يَدُلُّ على إسقاطِ النِّصْفِ لا على لُزُومِ النِّصفِ؛ لكونِهِ لازِمًا للعقد.

وعن الإجماع: بمنع عدمِ النَّكيرِ؛ لأنَّهُ قد نُقِلَ عن ابنِ عباسٍ وابنِ مسعودٍ الإنكارُ على ذلك والمخالفةُ فيهِ[1]، وإن لم يُوجدِ النكيرُ فيجبُ حَمْلُ غلقِ البابِ وإرخاءِ السِّتْرِ على الوِقاعِ؛ لما ذكرناهُ في الآيةِ والخبر.

وعن المعنى أنّهُ يُمنعُ اعتبارُ ما ذكروهُ من المناسبةِ بالتَّمكِينِ في بابِ الإجارةِ لوجهين:

الأوَّل: أنّ الفائتَ على المؤَجِّرَ بالتَّمكِينِ من المنافِعِ أكثرُ ضررًا من ضررِ فواتِ منافعِ البُضعِ على المرأةِ بالتَّمكِين، ولهذا اختُلِفَ في ضمانِ منافعِ الجاريةِ المغصوبة، واتُّفِقَ على عدمِ ضمانِ منافعِ بُضعِها.

الثّاني: أنّ مِلكَ المنفعةِ في الإجارةِ يَتَقَرَّرُ بالتمكين، بدليلِ صِحّةِ إجارةِ المستأجِرِ من غَيره، ولو لم تكُنِ المنافعُ مستَحَقّةً لهُ لما كان كذلِك، بخلافِ منافِعِ البُضعِ، فإنّ المالَ فيها على خلافِ الباقِي، كما قرَّرناهُ فيما تقدَّم، وإنما حكمنا لمخالفتِه فيما وقعَ مستوفًى فلِضرورةِ الاستِيفاء، فبقِينا فيما عداهُ [ب/ ٨٧] عامِلينَ بقَضِيّةِ الدَّليل، فلا يَلزمُ من جَعْلِ التَّمكينِ في بابِ الإجارةِ مقرِّرًا للأجرة مثله في باب النِّكاح.

---

(١) روى عبدالرزاق عن ابن جريج عن عبدالكريم أن ابن مسعود يقول بمثل قول عمر بن الخطاب، وبناء على ذلك فإنه يقول بقول الجمهور لا كما نقل المصنف رحمه الله. «مصنف عبدالرزاق»، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، ١٠٨٧٨.

مسائل الطلاق

[١٠٧] ـ مسألة [لحوق صريح الطلاق المختلعة في عدتها]

المختلِعةُ لا يلحقُها صريحُ الطلاقِ في العِدّةِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمَعْنا على أنّهُ لا تلحقُها الكناياتُ البوائن، وأنّهُ لا يصِحُّ خُلعُها ثانِيًا، وأنّهُ يَصِحُّ نِكاحُها من زوجِها في العِدّة.

لنا أنّ الحكمَ بوقوعِ الطلاقِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ الوقوعِ الكتابُ والسُّنّةُ والمعنَى؛ أمّا الكتابُ فقولُهُ تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] معطوفًا على قولِه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] بَيَّنَ شرعيةَ الطَّلاقِ بعدَ الخلعِ مُطلَقًا، وهو مَحلُّ النِّزاع.

وأمّا السُّنّةُ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «المختَلِعةُ يَلْحَقُها صَرِيحُ الطَّلاقِ ما دامَتْ في العِدّةِ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٨٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٦٦.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٧٥٤. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٠٥. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٣٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢١٩.

(٣) رواه سعيد بن منصور وابن أبي شيبة موقوفًا على أبي الدرداء وجماعة من الصحابة. «سنن سعيد بن منصور»، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإيلاء، ١٤٦٧. «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يخلع امرأته ثم يطلقها، من قال: يلحقها الطلاق =

وأمّا المعنى فهو أنّ الزوجَ أهلُ قصدِ إيقاعِ الطلاقِ في محلِّه، فيَقَعُ كما قبلَ الخُلع، أمّا أنّهُ أهلٌ فلِأنّهُ يَصِحُّ طلاقُهُ قبلَ الخُلع، وذلك يَتَوَقَّفُ على الأهلِيّة، وأمّا أنّهُ قَصَدَ إيقاعَ الطَّلاقِ فلِأنّهُ أتَى باللفظِ المُشْعِرِ به، والأصلُ أن يكونَ قاصِدًا له، وأمّا أنّ المحلَّ قابِلٌ فلِأنّ مَحَلَّ الطلاقِ ما فيه قَيْد، من حيثُ إنّ الطلاقَ مُشْعِرٌ بالانطِلاقِ من الوثاق، وقيدُ النِّكاحِ قائِمٌ في محلِّ النزاع، بدليلِ قيامِ أثرِه، وهو المنعُ من الخروجِ والبُرُوز، وذلك يناسِبُ صحّةَ الطلاق؛ تحصيلًا لمَقصُودِ المتصرفِ كالأصلِ المذكور.

والجوابُ عن الآية: أنّها إنّما سِيقَتْ لبيانِ أقسامِ الطلاقِ وأحكامِهِ فيما قبلَ المسِيسِ وبعدَه، لا لبَيانِ التَّرتيبِ فيما دَلَّت الآيةُ على شرعِيَّتِهِ من الخُلعِ والطَّلاق؛ لأنّها لو كانتْ دالّةً على ترتيبِ الخلع بعدَ الطَّلقتَينِ والطلاقِ الثلاثِ بعد الخُلع لَـزِمَ منهُ أن يكونَ الطلاقُ المشروعُ أربعًا أو خمسًا إنْ قُلْنا: إنّ قولَه: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ﴾ [البقرة: ٢٢٩] طلاقٌ؛ لتفسيرِ النَّبيِّ صلَّى الله / عليهِ وسَلَّم: «الطَّلاقُ الثَّلاثُ»[1] به، لَمّا سُئِلَ عَنِ الطَّلقةِ الثّالِثة: أينَ هِيَ في كتابِ الله؟ [أ/ ٨٨]

= ١٨٤٧٧. وهو عندهما دون كلمة «صريح» التي ذكر المصنف، وقد قال ابن الجوزي: إن هذا الحديث موضوع لا أصل له، وتبعه على ذلك ابن عبد الهادي والذهبي. «التحقيق في مسائل الخلاف» لابن الجوزي، ٢: ٢٩٥. «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي، ٤: ٤١٧. «تنقيح التحقيق» للذهبي، ٢: ٢٠٩.

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، ٣٨٨٩، ولفظه عنده: قال: قال رجل للنبي ﷺ: إني أسمع الله تعالى يقول: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فأين الثالثة؟ قال: «﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] هي الثالثة». وفي «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في موضع الطلقة الثالثة من كتاب الله عز وجل، ١٤٩٩١. قال ابن القطان: «وعندي أن هذا الحديث صحيح». «بيان الوهم والإيهام» لابن القطان، ٢: ٣١٦.

وأن لا يجوزَ تقديمُ الخلعِ على الطَّلقتَين، ولا تُشرَعَ الثالثةُ قبلَ الخُلع، وكلٌّ ذلك ممتنع.

وعن الخبرِ أنّ راويَهُ فضالة بن عُبَيدٍ[١]، وهو ضعيفٌ عند المحدِّثين[٢].

وإن صَحَّ فهو معارَضٌ بقولِهِ عليه السَّلام: «المختَلِعةُ لا يَلحَقُها صَريحُ الطَّلاقِ وإن كانَتْ في العِدّةِ»[٣].

وعن المعنَى لا نُسَلِّمُ المحلِّيّة، ولا نُسَلِّمُ وُجودَ[ها] قبلَ النِّكاح، والمنعُ من الخروجِ والبُروزِ تأثيرُ الوطءِ دُونَ النِّكاح؛ بدليلِ ثُبُوتِهِ في وطءِ الشُّبهة، وإن كان من آثارِ النِّكاحِ فلا يَلزمُ مِنهُ المحلِّيّةُ بدَليلِ حُرْمةِ المصاهَرة الثانيةِ بعد الثَّلاث.

كيفَ وأنّ الطلاقَ إمّا أن يكونَ مُعتَبَرًا في إزالةِ هذا القَيدِ أو غيرِه؟ والضُّرُّ الأصلُ عدمُه، واعتبارُهُ في إزالةِ هذا القَيدِ وإن كان في العِدّةِ فهو خِلافُ الإجماع، وإن كان بعدَ انقِضاءِ العِدّةِ فهو مُستَحِقُّ الزَّوالِ عند انقضاءِ العِدّة؛ بانعقادِ الخُلعِ سببًا له، فلا يكونُ الطَّلاقُ مُؤَثِّرًا فيه؛ لما فيه من إبطالِ ما ثَبَتَ

---

(١) فَضالة بن عبيد الأنصاري الأوسي (ت٥٣هـ)، صاحب رسول الله ﷺ، شهد أحدًا وما بعدها، استقضاه معاوية على دمشق بوصية من أبي الدرداء، واستخلفه عليها عند سفره للغزو. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٨: ٢٦٧.

(٢) لعل الناسخ وهم؛ إذ لم أجد لفضالة بن عبيد ذِكرًا في أسانيد حديث من أحاديث هذه المسألة، كما أن الصحابة رضي الله عنهم عدول، والذي في سند الحديث هو فرج بن فَضالة التنوخي الشامي (ت١٧٧هـ)، وهو ضعيف كما ذكر المصنف. «تهذيب التهذيب»، ٨: ٢٦٠.

(٣) رواه ابن أبي شيبة موقوفًا على جماعة من الصحابة، منهم ابن عباس رضي الله عنهما. «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، من قال: لا يلحقها [المختلعة في عدتها] الطلاق، ١٨٤٨٨.

استِقلالُه، وخَرَجَ عليهِ الطَّلاقُ الرَّجعِيُّ في العِدّة، فإنّهُ وإن كانتِ الطَّلقةُ الأُولَى مُسْتَقِلّة باستحقاقِ قَطْعِ النِّكاحِ بعدَ العِدّة، فالطَّلقةُ الثّانيةُ غيرُ مُؤَثِّرةٍ فيما كانتِ الطَّلقةُ الأُولَى مُعتبرةً فيه، بل في رَفْعِ قَيْدِ حَقِّ الرَّجعةِ وإعادةِ الحِلِّ إلى المحلّ، ولذلك انتَقَصَ بِهِ عَدَدُ الطَّلاق، بخلافِ ما نحنُ فيه؛ فإنّ قَيْدَ حقِّ الرَّجعةِ غيرُ مُتَصَوَّرٍ فيه.



[١٠٨] ـ مسألة [لزوم طلاق الأجنبية المعلق]

إذا قالَ لأجنبية: إن تَزَوَّجتُكِ فأنتِ طالِق، لا يُعتَبَرُ تعلِيقُهُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

دليلُنا أنّ القولَ بالاعتِبارِ يَلزمُهُ أحَدُ مُمتَنِعَينِ فيَمْتَنِع.

بيانُ ذلك أنّهُ لو اعتُبِرَ إمّا أن يُعْتَبَرَ فيما لم يُشعِرْ بهِ لفظُه، أو فيما أشْعَرَ به.

والأوَّلُ ممتنِعٌ؛ إذ الأصلُ اعتبارُ اللفظِ فيما أشْعَر.

والثّاني ممتنِعٌ أيضًا؛ لأنّ ما أشْعَرَ بهِ لَفظُهُ إنما هو إيقاعُ الطلاقِ مُتَعَقِّبًا للنِّكاحِ من غيرِ مُهلةٍ؛ ضرورةَ تنزيلِهِ عليهِ بفاءِ التَّعقِيب.

والنِّكاحُ [ب/٨٨] المرتَّبُ عليهِ الطَّلاقُ إن لم يكن صحِيحًا لم يَكُنِ الطَّلاقُ واقِعًا إجماعًا، وإن كان صحِيحًا وَجَبَ أن تكونَ صِحَّتُهُ مُعَلَّلةً بما بهِ الِاشتِراكُ بينَهُ وبينَ النِّكاحِ الذِي لم يُرَتَّبْ عليهِ الطَّلاقُ من الأوصافِ المناسبةِ لَهُ؛ لتَعَذُّرِ اختِصاصِ الفرعِ بما لَهُ مَدْخَلٌ في التَّعلِيلِ لا وجودَ لَهُ في الأصل.

ويَلزمُ من استقلالِ ذلك بالتعلِيلِ استقلالُهُ في الأصل، ويَلزمُ مِنِ استقلالِهِ في الأصلِ إلغاءُ ما اختَصَّ بِهِ الأصلُ من إمكانِ حُصُولِ مقاصِدِ النِّكاحِ التِي لا تَحقُّقَ لها في الفرعِ مع مُناسبَتِها واعتبارِها، وهو ممتنِع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٩٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٦٨.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٩: ٤٧٨٥. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٠٧. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١١٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٩٦.

وما يُقالُ على ذلِكَ من الاعتِراضاتِ الخاصّةِ بهذا النَّمَطِ وجِهاتِ الانفِصالِ عنها فعلى ما ذكرناهُ في الخارجِ النَّجِس، فعليكَ بنقلِهِ إلى هاهُنا.

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخرَ، وهو أن يُقال: ما ذكرتموهُ من إمكانِ حُصولِ المقاصِدِ في الأصل، وإدراجِه في التَّعلِيلِ مُلْغًى بما إذا نُجِّزَ الطلاقُ عَقِيبَ النِّكاحِ من غيرِ فاصِل؛ فإنّ النكاحَ يكونُ صحِيحًا مع انتِفاءِ ما ذكرتموه.

وجوابُهُ أنّ المقاصِدَ في صُورةِ الإلغاءِ وإن كانتْ مُنتَفيةً بالفعلِ إلا أنّها مُحتَمِلةُ الحصولِ من العَقد؛ لتَجَرُّدِهِ عن الطَّلاقِ المعلَّقِ عليه، بخلافِ محلِّ النِّزاع.



[١٠٩] ـ مسألة [الجمع بين الطلقات الثلاث]

الجمعُ بينَ الطَّلقاتِ الثَّلاثِ غيرُ محرَّمٍ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ الحُكمَ بالتحريمِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإن قِيل: والقولُ بالإباحةِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عَدَمُه.

ثمَّ دليلُ التَّحرِيمِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ سُئِلَ عن شخصٍ طَلَّقَ زوجتَهُ ألفَ تطليقة، فقال: «بانَتْ مِنهُ بثلاثٍ في معصيةِ اللهِ تعالى، وبَقِيَ الباقِي إثمًا في عُنقِهِ»[٣].

وأيضًا ما رُوِيَ أنّ رجلًا طَلَّقَ زوجتَهُ بين يدَيهِ [ﷺ] ثلاثًا، فغضِبَ، فقال:

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٩٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٧١.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٨١٣. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٠٨. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١١١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٩٩. وحكى الكاساني الكراهة عن الحنفية قائلًا: «الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طُهر واحد مكروه عندنا». «بدائع الصنائع» للكاساني، ٣: ٨٨.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، ٣٩٤٣. ولفظه عنده: عن عبادة ابن الصامت قال: طلَّق بعض آبائي امرأته ألفًا، فانطلق بنوه إلى رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله، إن أبانا طلق أمنا ألفًا، فهل له من مخرج؟ فقال: «إن أباكم لم يَتَّقِ الله فيجعل له من أمره مخرجًا، بانت منه بثلاث على غير السنة، وتسع مئة وسبعة وتسعون إثم في عنقه»، قال الدارقطني بعده: «رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا [أبا محمد بن صاعد]، وابن عبد الباقي».

«أتلعبونَ بكتابِ اللهِ وأنا بينَ أظهُرِكُمْ»(١).

واللعِبُ بكتابِ اللهِ من الكبائرِ، فكان حرامًا.

وأيضًا ما رُوِيَ عنه عليه السَّلامُ أنّهُ قال: «تَزَوَّجُوا ولا تُطَلِّقُوا؛ فإنّ الطَّلاقَ يَهْتَزُّ له عرشُ الرحمنِ»(٢).

[أ/ ٨٩] نَهْيٌ ، والنَّهْيُ ظاهِرٌ في التَّحرِيم.

وقال: «أبغضُ المباحاتِ إلى الله الطَّلاقُ»(٣).

وسماهُ مَبغوضًا فكان حَرامًا.

وأيضًا قولُهُ تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، شَرَعَ الطَّلاقَ مُفَرَّقًا، فدَلَّ على عَدَمِ شَرعِيَّتِهِ مُجتمِعًا.

وأمّا المعنى: فهو أنّ النِّكاحَ مَظِنّةُ الألفةِ والمحبةِ وتحصيلِ المقاصِدِ المطلوبةِ منه للزوجَين، وهو مَظِنّةُ النَّدَمِ والتَّأسُّفِ بعدَ الطَّلاق، بتقدِيرِ زوالِ النُّفْرةِ والمَغَضّة الحاملةِ على الطَّلاق، على ما جَرَتْ به سُنّةُ الناسِ عادةً في

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، **٣٩٤٥**، وما في الدارقطني عن علي رضي الله عنه، أن النبي ﷺ سمع رجلًا طلق البتة، فغضب، وقال: «تتخذون آيات الله هزوًا، أو دين الله هزوًا ولعبًا، مَن طلق البتة ألزمناه ثلاثًا، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره»، قال الدارقطني بعده: «فيه إسماعيل بن أمية، كوفي ضعيف الحديث». أقول: وقد ذكره ابن حبان في «الثقات»، ٨: ٩٧.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، **٢١٧٨**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الطلاق، **٢٠١٨**، وهو عندهما من حديث ابن عمر، ولفظه: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»، قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه». «المستدرك على الصحيحين» للحاكم، كتاب الطلاق، **٢٧٩٤**.

الجمعِ بينَ الطلقات؛ سَدًّ[ا لـ]ـبابِ الرجعةِ إلى النِّكاح، وهو إضرارٌ مخصوصٌ من غيرِ حاجةٍ إليه؛ لإمكانِ قَطْعِ النِّكاحِ بالطلقةِ الواحدةِ الرجعيةِ فكان حرامًا؛ لما فيه من الإضرارِ المستغنَى عنه.

والشاهدُ له بالاعتبارِ الطَّلاقُ في زمنِ الحيض، أو في طُهْرٍ جامعها فيه.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ الإباحةَ عِبارةٌ عن نَفْيِ الحرج، وهو الأصلُ، بخلافِ التحريم.

وعن الخبرِ الأوَّلِ والثّانِي: أنّهُ يحتمِلُ أنّهُ كان قد طلَّقَها في الحيض، أو في طُهْرٍ جامعها فيه.

وعن الثالثِ والرابع: بإمكانِ حملِها على الكراهة، ويجبُ حملُ هذهِ الأخبارِ على ما ذكرناهُ؛ جمعًا بينها وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّليل، وبينَ قولِهِ تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، نَفَى الحرجَ عن الكُلِّ بالطَّلاق.

وقولِهِ تعالَى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١]، أمَرَنا بالطلاق، وأدْنَى درجاتِهِ أن لا يكونَ حرامًا، ولفظُهُ إن كان عامًّا في الطلاقِ دَخَلَ محلُّ النِّزاعِ تحته، وإن لم يكن عامًّا بلفظِهِ فهو عامٌّ بالنظر إلى معناهُ وإيمائِه؛ حيثُ إنّ الشارعَ رتَّبَ نفيَ الحرجِ والإصْرِ على الطلاقِ في لفظِه فكان عِلّةً.

وعن الآية: أنّها إنما تَدُلُّ على عَدَمِ شرعِيّةِ الطلاقِ حالةَ الجمعِ بطريقِ المفهُوم، وليسَ بحجّةٍ على أصلِهِمْ، وعلى الصَّحِيحِ عندنا.

وعن المعنَى: أنّا وإن سلَّمنا مناسبةَ ما ذكروهُ للتَّحريمِ إلا أنّهُ لا يمكِنُ قياسُهُ على ما ذكروهُ من الأصلِ؛ لوَجهَين:

الأوَّل: أنّ ضابِطَ الحكمةِ في الأصلِ الوطءُ في الحيض، وفي الطُّهرِ الذِي جامعها فيه، وفي الفرعِ الجمعُ بينَ الطلقات، وعند اختلافِ الضّابِطِ بين الأصلِ والفرعِ لا بُدَّ من بيانِ يَقِينِ التَّساوِي في الحكمة، ولا سبيلَ إليهِ فلا قِياس. [ب/ ٨٩]

الثّانِي: للمعارضةِ فيما إذا طلَّقَها في الحيضِ بما يُفضِي إليهِ من طُولِ العِدّة، وفيما إذا طلَّقَها في طُهْرٍ جامعها فيه بما يُفْضِي إليهِ من مَفْسَدةٍ تُثِيرُ مَصالحَ الولدِ بتقديرِ حُدوثِهِ بسَبَبِ افتراقِ الوالِدَين.



[١١٠] ـ مسألة [كنايات الطلاق]

الكِناياتُ كلُّها رواجِعُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢]، إلا في ثلاثٍ مِنها فإنّا أجمعنا على أنّها رواجِع، وهي قوله: اعتَدِّي، واستَبْرِي رَحِمَك، وأنتِ واحِدةٌ[٣].

لنا أنّ علةَ جوازِ الرجعةِ في الصَّريحِ وفي الكناياتِ الثلاثِ إن لم تكن موجودةً في الفَرعِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزِمَ القولُ بجوازِ الرجعة، وكلُّ ما يَتَّجِهُ على القُصُورِ وجوابه فقد سَبَقَ تقريرُهُ في زكاةِ الصَّبيّ، فعليكَ بنقلِهِ إلى هاهُنا.

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخرَ، وهو أن يُقال: سلَّمنا وجودَ علّةِ الأصلِ في الفرعِ، غيرَ أنّهُ فاتَ فيه شرطُ الرجعة.

وبيانُهُ أنّ الرجعةَ عبارةٌ عن اعتبارِ قولِه: راجعت، في صيانةِ النكاحِ عن الانقطاعِ عندَ انقضاءِ العدّة، لا أنّهُ عبارةٌ عنْ إعادةِ أصلِ النكاح، كما أنّ الدليلَ يَنفي ثبوتَ أصلِ الملكِ على المرأةِ دون رضاها؛ لما يلزمُهُ من الضَّرر، وذلك يَستدعِي بقاءَ النكاح، ولا بقاءَ لَهُ مع اعتبارِ لفظِ البينونة؛ لأنّ لفظَ الإبانةِ مُشعِرٌ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ١٩٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٧٤.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٨٤٣. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٠. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١١٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٠٩.

(٣) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٣: ١١١.

بقطعِ الوُصلة لغةً، والمستعمِلُ له أهلُ الإبانة، بدليلِ ما لو طلَّقَها قبلَ المَسِيس، أو علَى مال، فوجبَ اعتبارُ لفظِهِ فيما أشْعَرَ بهِ تحقيقًا لمقصُودِه.

وجوابُهُ بمنعِ زوالِ النِّكاح، فإنّهُ كان موجودًا، والأصلُ بقاؤُه.

قولهم: إنّ لفظَ الإبانةِ مُشعِرٌ بقطعِ الوُصْلة، لا نُسَلِّمُ إشعارَهُ بذلك إنشاءً، وإن أشْعَرَ بهِ إخبارًا، والكلامُ فيما نحنُ فيه إنما هو في إنشاءِ الإبانة، لا في الإخبارِ عنها، ولا يَلزمُ من جَعْلِ صِيغةِ الإخبارِ إنشاءً في بعضِ التصرفاتِ في قوله: بعْت، وأجَّرْت، وغير ذلك، مع أنّهُ على خلافِ الدَّلِيل؛ لكونِهِ [أ/ ٩٠] على خلافِ الإشعارِ اللغويِّ مثله فيما نحنُ فيه؛ لما فيه من تكثيرِ مُخالفةِ الدَّليل، ولا يَلزمُ من كونِهِ ظاهِرًا في الإخبار، بتَقدِيرِ تَقَدُّمِ البَينُونةِ قُبيلَ الإخبار؛ ضرورةَ تصحيحِ تَصَرُّفِ العاقلِ بأقصى الإمكان، فإنّهُ كما أمْكَنَ ذلِكَ مع أنّهُ خِلافُ الأصل، أمْكَنَ التَّجَوُّزُ بهِ عن الطَّلاق، ورفعِ القَيدِ لكونِهِ سببًا له، فإنّ التعبيرَ بالسَّبَبِ عن المسبَّبِ جائزٌ بجهةِ التجوُّز، بل هذا الاحتِمالُ أوْلى؛ لكونِهِ تَجَوُّزًا. وما ذكروهُ إضمار، ولأنّهُ على وفقِ الدَّلِيلِ المقتضِي لإبقاءِ النِّكاح.



[١١١] ـ مسألة [التلفظ بمطلق الطلاق ونية اثنتين أو ثلاثًا]

إذا قال لزوجتِه: أنتِ طالق، أو طلَّقتُك، أو أنتِ مُطلَّقةٌ، ونوى اثنتينِ أو ثلاثًا وقعَ عليه ما نواهُ عندنا[١]، خلافًا لهم، فإنهم قالوا: لا يقعُ إلا طلقةً واحدةً[٢].

وقد أجمعنا على وقوعِ ما نواهُ إذا قال لها: أنتِ الطلاق، أو طلِّقِي نفسك، أو أنتِ طالقٌ طلاقًا، أو أنتِ طالقٌ للسُّنّة، أو أنتِ بائن، إلا فيما إذا قال: أنتِ بائِنٌ، ونَوَى اثنتين، فإنهم قالوا: لا يقعُ عليهِ سوى واحدةٍ[٣].

دليلنا أنّ علّةَ إيقاعِ الثلاث في قوله: أنت بائن؛ ناويًا للثلاث، إن لم تكن موجودةً في قوله: أنتِ طالقٌ، ناويًا للثلاث، كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحكمُ بوقوع الثلاث، وما يَرِدُ على القصور وجوابه فعلى ما سبق في الخارج النجس.

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو أن يُقال: وإن سلَّمنا وجودَ علّةِ الأصلِ في الفرعِ إلا أنها معارَضةٌ بما ينفي وقوعَ الثلاث، وذلك أنّ قوله: أنت طالق، وصفٌ للَمرأة بكونها طالقًا، والمرأةُ واحدة، ونعتُ الواحدةِ لا يكونُ إلا واحدًا، ولهذا لا يَصِحُّ أن يُقالَ للواحدِ: قائمانِ وقائمُون، ولا يُقالُ للمرأةِ

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٠٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٧٩.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٨٥٢. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٣. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٠٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢١٧.

(٣) «حاشية ابن عابدين»، ٣: ٧٨٢.

الواحدةِ: طالقتانِ وطوالق، وإذا لم يكن نعتُها قابلًا للعددِ امتنع وقوعُهُ مُتعدِّدًا، وإن كان مُنَوَّنًا.

وجوابه أنّ جميعَ ما ذكروهُ باطلٌ بما لو قال لها: أنتِ بائنٌ، ناويًا للثلاث.

وكلُّ ما هو جوابٌ لهم في الأصلِ هو الجوابُ لنا في الفرع.

كيف وأنّهُ يلزمُ مما ذكروهُ منعُ ما سلَّموهُ من وجودِ عِلّةِ الأصلِ في الفرع؟ وذلك لأنّ قَبُولَ المنوِيِّ للعددِ مما يجب إدراجُهُ في التعليل؛ لوقوع الثلاثِ في الأصل؛ لمناسبتِهِ واعتبارِه، وحتى لا يلزمَ منه التَّعارضُ في الفرعِ بين وجودِ المقتضي وفواتِ الشَّرط.



[١١٢] ـ مسألة [وقوع الطلاق بأنا منك طالق]

إذا قال لزوجتِه: أنا منك طالقٌ، ناويًا للطلاق، وقع به الطلاقُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمعنا على أنّهُ لو قال لها: أنا منكِ بائنٌ، ناويًا للطلاق، أنّ الطلاقَ يقعُ عليهِ[٣].

وما ذكرناهُ من التحريرِ والتقريرِ في المسألة التي قبلها، وما يختصُّ به من الاعتراض على القصور وجوابه فمُتَّجِهٌ هاهنا.

وما يقولونه في الفرع بعد تسليم وجودِ المقتضي لوقوع الطلاقِ فيه من أنّهُ إن كان مُوقِعًا للطلاقِ على نفسِهِ فهو غيرُ قابلٍ للطلاق، وإن كان مُوقِعًا للطلاقِ على زوجتِه فلفظُهُ غيرُ مُشْعِرٍ به، وعلى كِلا التَّقديرَيْنِ فوُقوعُ الطلاقِ يكونُ ممتنِعًا، فهو مُلْغًى بما لو قال لها: أنا منك بائنٌ؛ ناويًا للطلاق، فإنّ الطلاقَ يكونُ واقعًا مع وُجُودِ كُلِّ ما ذكروه، وأيُّ شيءٍ تعرَّضُوا لبَيانِ كونِهِ داخِلًا في التَّعلِيلِ في الأصلِ إن كان مُتَحَقِّقًا في الفرعِ لَزِمَ الحكمُ بوُقُوعِ الطَّلاق، وإن لم يكن مُتَحَقِّقًا في الفرعِ لَزِمَ القُصورُ في العِلّة، وهو مع امتناعِهِ مُنِع لما سَلَّمُوهُ من وجودِ عِلّةِ الأصلِ في الفرع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٠٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٨١.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٨٦٣. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٢. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٢٨. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢١٣.

(٣) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٣: ١١٧.

[١١٣] ـ مسألة [إضافة الطلاق والعتق والظهار وعفو القصاص إلى الجزء]

إضافةُ الطَّلاقِ والعتقِ والإيلاءِ والظِّهارِ والعفوِ عن القصاصِ إلى الجزءِ المعيَّنِ كاليدِ والرِّجلِ صحِيحٌ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وأجمعنا على صِحّةِ إضافة ذلك إلى الجزء الشائع كالنِّصفِ والثلثِ ونحوه، وكذلك إضافتُه إلى الرأسِ والوجهِ والفرجِ غيرَ قاصدٍ لعينِه[٣]، ولو قصدَ عينَهُ فهو على الخلاف[٤]، وأمّا الإضافةُ إلى البطنِ والظهرِ والدَّم فلهم فيه خلافٌ[٥].

دليلُنا أنّ القولَ بعدمِ الصِّحةِ يلزمه أحدُ ممتنعينِ فيمتنع.

[٩١/أ] بيانُ الملازمةِ أنّ عِلّةَ الأصلَ إمّا أن تكونَ موجودةً / في الفرعِ أو لا تكونَ موجودةً فيه.

والأول: يلزمُ منهُ بطلانُ العِلّةِ؛ لقصورِها بالإجماع.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٨٣.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٩٣٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٦. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٠٥. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٨٨.

(٣) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، ٥: ٩٠.

(٤) «المبسوط» للسرخسي، ٦: ٨٩.

(٥) «المبسوط» للسرخسي، ٦: ٨٩.

والثاني: يلزمُ منهُ انتفاءُ الصِّحّةِ مع وجودِ علَّتِها، وكلُّ واحدٍ من الأمرَينِ ممتنِع.

فإن قيل: أمّا ما يتعلقُ بقصورِ العلة، فقد سَبَقَ ما يَرِدُ عليهِ في المسائلِ المتقدِّمة.

وإن سلَّمنا وجودَ علّةِ الأصلِ في الفرع فإنما يمنع انتفاء الصحةِ أن لو لم يُوجدِ المعارِض.

وبيانُ وجودِ المعارِضِ هو أنّ صحّةَ الطلاقِ كما تَتَوَقَّفُ على كونِ المحلِّ قابلًا للطلاق، واليدُ والرِّجلُ غيرُ قابلةٍ للطلاق؛ لأنّ حكمَ الطلاقِ لا يخرجُ عن قطع النِّكاح، أو رَفْع قيدِ النكاحِ على اختلافِ المأخذ، واليدُ والرِّجلُ غيرُ قابلةٍ للنِّكاح، ولا تفيدُهُ؛ فلا تكونُ محلًّا للطَّلاق، أمّا أنها غيرُ قابلةٍ للنِّكاحِ فيَدُلُّ عليهِ الحقيقةُ والحكم.

أمّا الحقيقةُ فهو أنّ محلَّ النكاحِ ما أمكنَ حصولُ مقصودِ النِّكاحِ منه، ومقصودُ النِّكاحِ إنما هو التَّوالُدُ والتَّناسُل، فإنّهُ يُناسِبُ أن يكونَ مقصودًا منه، وإليهِ الإشارةُ بقولِهِ عليهِ السَّلام: «تناكَحُوا تَناسَلُوا تكثُرُوا؛ فإنِّي أُباهِي بكُمُ الأممَ يومَ القيامةِ ولو بالسِّقطِ»[1].

واليدُ والرِّجلُ غيرُ قابلةٍ لذلك.

وأمّا الحكم: فإنّهُ لو أضافَ إليها النِّكاحَ لا يَصِحُّ بخلافِ الجزءِ الشائِع، وأنّهُ لو تزوَّجَ امرأةً فخرجتْ مقطوعةَ اليدِ لا يَثبُتُ له خيارُ الرَّدّ، وأمّا أنها غيرُ

(١) قال العراقي: «أخرجه أبو بكر بن مردويه في «تفسيره» من حديث ابن عمر دون قوله: «حتى بالسقط»، وإسناده ضعيف، وذكره بهذه الزيادة البيهقي في المعرفة عن الشافعي أنه بلغه». «المغني عن حمل الأسفار» للعراقي، ص٤٥٦.

قابلةٍ لقيدِ النِّكاح فلأنّ قيدَ النِّكاحِ هو المنعُ من الخروجِ والبروز، والمنعُ من التزَوُّجِ بزوجٍ آخر، وهو غيرُ ثابتٍ في اليدِ والرِّجل.

سلَّمنا أنها قابلةٌ للطَّلاق، لكِن بحكمِ التَّبَعِيّة، وذلك لأنّ الطلاقَ تابعٌ للنِّكاح، وحكمُ النِّكاحِ ثابتٌ في الأطرافِ بحكمِ التَّبَعِيّةِ للجملة، فكان الطلاقُ ثابتًا في الأطرافِ تبعًا للجُملة، وإذا كان كذلك فيلزمُ من ثبوتِ الطلاقِ في الجملةِ ضرورةَ إضافتِهِ إلى اليدِ والرِّجلِ قلبُ القاعدة، وهو جَعْلُ التابعِ [ب/٩١] متبُوعًا، والمتبوعِ تابِعًا، وهو ممتنع.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على الصِّحّة، لكنَّهُ معارَضٌ بما يدلُّ على نفيِها، وذلك لأنّ الطلاقَ إمّا أن يُقالَ بوقُوعِهِ على اليدِ والرِّجلِ وحدَها أو على الجملة.

الأوَّل: خلافُ الإجماع.

والثّاني: يَستلزِمُ إشعار اللفظِ به، وليس هو بطريق الحقيقة، فإنّ لفظَ اليدِ غيرُ حقيقةٍ في الجملة التي هي محلُّ التجوُّزِ، وهو ممتنع.

والجوابُ عن الاعتراضِ على القُصُور ما سَبَقَ أيضًا.

وعن المعارضةِ بانتفاءِ محلِّيّةِ الطلاقِ بالمنع، وذلك لأنّ محلَّ الطلاقِ إنما هو الجملة، ولفظُ اليدِ مُشعِرٌ بالجملة تجوُّزًا، بدليلِ قولهِ تعالى: ﴿ **ذَٰلِكَ بِمَا قَدَّمَتۡ أَيۡدِيكُمۡ** ﴾ [آل عمران: ١٨٢].

وقوله عليهِ السَّلام: «على اليدِ ما أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ»[1]، وأراد بهِ اليد.

---

(١) «سنن أبي داود»، أبواب الإجارة، باب في تضمين العور، **٣٥٦١**. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، **١٢٦٦**، وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن». =

قولهم في السؤال الأخير: يلزمُ من ذلك الجمعُ في لفظٍ واحدٍ بين الحقيقةِ والمجازِ، وهو ممتنع، غيرُ مُسَلَّمٍ الامتناعُ؛ على ما عُرِفَ من أصلِ الشافعيِّ في ذلك(١).

كيفَ وأنّ ما ذكروهُ لازمٌ عليهم في الجزءِ الشائع؟ والجوابُ يكون مُتَّحِدًا.



= «سنن ابن ماجه»، كتاب الصدقات، باب العارية، ٢٤٠٠. وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه». «المستدرك على الصحيحين» للحاكم، كتاب البيوع، حديث أبي هريرة، ٢٣٠٢. ولفظ الحديث عندهم: «حتى تؤدي»، وعند بعضهم: «حتى تؤديه».

(١) مذهب الحنفية منع حمل اللفظ على الحقيقة والمجاز؛ لأن الحقيقة أصل، والمجاز مستعار، فلا يُتصوَّر اجتماعهما معًا في وقت واحد، واختار ذلك جماعة من الشافعية، وحكى الزركشي عن الشافعي جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد، واحتجَّ لذلك ابن دقيق العيد بقول النبي ﷺ: «صُبُّوا عليه ذَنُوبًا من ماء»، من جهة أن صيغة الأمر توجَّهت إلى صب الذنوب، والقدر الذي يغمر النجاسة واجب في إزالتها، فتناول الصيغة لها استعمال للفظ في الحقيقة، وهو الوجوب، والزائد على ذلك مستحب، فتناول الصيغة له استعمال في الندب، وهو مجاز فيه، فقد استعملت صيغة الأمر في حقيقتها ومجازها. «البحر المحيط» للزركشي، ٢: ٤٠١، ٤٠٦.

[١١٤] ـ مسألة [الإكراه على الطلاق]

المُكْرَهُ على التَّطليقِ لا يَصِحُّ طلاقُهُ عندنا(١)، خلافًا لأبي حنيفة(٢).

كذلك الخلافُ في كلِّ ما لا يقبلُ الفسخَ والرَّدَّ؛ كالعتقِ والتَّدبيرِ واليمين.

لنا أنّ القولَ بالصِّحّةِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: بيانُ وجودِ الدَّليلِ النَّصُّ والمعنَى.

أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، رَتَّبَ فواتَ الحِلِّ على التطليقِ وقد وُجِد.

وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، أوجَبَ العِدّةَ على كلِّ مُطلَّقة، وهذهِ مُطَلَّقة، فكانت داخلةً تحت عمومِ النَّصّ.

وأمّا المعنى فهو أنّهُ طلاقٌ صَدَرَ من أهلِهِ في محلِّه، وله عليهِ ولاية، فوجبَ أن يصِحَّ كما في إكراهِ العبدِ على تطليقِ زوجتِهِ المعتَقةِ تحتَه، وإكراهِ الزَّوجِ على طلاقِ زوجتِهِ إذا كان مجبوبًا أو عنِّينًا، أمّا أنّهُ أهلٌ فالمرادُ به أنّهُ عاقلٌ بالغ، وأمّا قَبولُ المحلِّ للطلاقِ وكونُ [أ/٩٢] المطلِّقِ له عليهِ ولايةٌ فظاهِر،

(١) «النكت» للشيرازي، ٢:٢٠٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢:١٨٥.

(٢) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، ٥:٥. «التجريد» للقدوري ١٠:٤٩١٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٠٩.

وذلك يُناسِبُ صِحّةَ الطَّلاق؛ تحصيلًا لمقصودِ المتصرِّف، والإكراهُ غيرُ مانعٍ ولا مُخِلٍّ بالمقصودِ كالأصولِ المذكورة.

والجوابُ عن النصوصِ بمعارضتِها بقوله عليه السلام: «رُفِعَ عنْ أُمَّتِي الخطأُ والنسيانُ وما استُكرِهُوا عليهِ»[1].

والمرادُ به نفيُ حُكمٍ هو عِلَّتُه، وحكمُ «ما» للعموم، وفي نفوذِ طلاقِهِ إثباتُ حكمٍ هو علَّتُه، وهو خلافُ النصّ، ولا يلزمُ من مخالفةِ النصِّ بوقوع الطلاقِ على الخاطئِ والناسِي مخالفتُهُ في المُكرَه؛ لما فيه من تكثيرِ مخالفةِ الدليلِ المخالِفِ للأصل، ومع التعارضِ يسلم لنا ما ذكرناهُ من الدليل.

وعن المعنَى بمنعِ وجودِ التطليقِ من المُكرَه؛ لأنّ قوله: أنت طالق، صيغةُ إخبارٍ عن الماضِي، غير أنّ الشارعَ استعارها في حقِّ المختارِ للإنشاءِ على خلافِ وضعِ اللغة؛ ضرورةَ حصولِ مقصودِ الإنشاء للمختار؛ لقطعِ النكاح، وما نحن فيه ليس من معنى المختار، فوجب البقاء على الأصل.

سلَّمنا وجودَ التطليق من المُكرَه، لكن لا نُسَلِّمُ كونه أهلًا؛ لأنّ الأهلَ من له كمالُ النظر في وجودِ المصالح والمفاسد في كلِّ تصرفٍ بحسبه، والمُكْرَهُ ليس كذلك من حيثُ إنه مدهوشُ البال، مُشَوَّشُ الحال، مُلْجَأٌ إلى أضْيقِ الطُّرُق، وحيث قيل بصحةِ الطلاقِ مع الإكراهِ في حقِّ العبدِ والزوجِ المجبوب، إنما كان نفيًا للضررِ عن الزوجة، أمّا في حَقِّ المجبوبِ فلفواتِ حقِّها من الوطء، وفي حَقِّ المعتقةِ دفعًا للمهنةِ اللازمةِ من تحكُّمِ العبدِ على الحُرّة، وكونها تحت حَجْرِهِ مع كونها كارهةً له فإنّهُ مناسِبٌ له، والحكم ثابتٌ على وفقه، ولم يوجد ذلك فيما نحنُ فيه.

---

(١) تقدم تخريجه.

[١١٥] ـ مسألة [انهدام ما دون ثلاث طلقات بالنكاح]

إذا طلَّقَ زوجتَهُ طلقةً أو طلقتَينِ ثم عادتْ إلى نكاحِهِ بعد إصابةِ الزَّوجِ الثاني فحكمُ الطلاق الأوَّلِ باقٍ بحالِهِ عندنا، حتَّى إنّهُ لو طلَّقَها طلقةً أُخْرَى عند كونِ [ب/٩٢] السابِقِ طلقتَينِ، أو طلقتَينِ عند كونِ السابق طلقةً واحدةً ثبتَتِ الحرمةُ المغلَّظةُ عندنا، وتوقَّفَ الحِلُّ على إصابةِ زوجٍ آخرَ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ في قوله بهدمِ الطَّلاقِ الأول[٢].

لنا أنّ علّةَ الحرمةِ المغلَّظةِ مع عدمِ الإصابةِ إن لم تكن موجودةً مع الإصابةِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً كان حكمُها ثابتًا معها إلا أن يوجد المعارِض، والأصلُ عدمُه.

وما يَرِدُ على القصورِ والانفصالِ عنهُ فقد عُرِفَ ما فيه مرارًا.

ومع تسليمِ وجودِ عِلّةِ الأصلِ في الفرع فالمعارضةُ بالنَّصِّ والمعنَى.

أمّا النَّصُّ فقوله عليه السلام: «لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ لَهُ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٨٧.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٩٦١. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٩٣.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب النكاح، باب في التحليل، ٢٠٧٦. «سنن ابن ماجه»، كتاب النكاح، باب المحلِّل والمحلَّل له، ١٩٣٦. قال عبدالحق الإشبيلي: «إسناده حسن». «الأحكام الوسطى» للإشبيلي، ٣: ١٥٧.

والمرادُ بالمحلِّلِ الزوجُ الثاني؛ لأنّ أهل الحديثِ أوردوهُ في بابِ ما جاء في الزَّوجِ الثاني، ووجهُ الحجّةِ فيه أنه سماهُ محلِّلًا، والمحلِّلُ مَن جعلَ المحلَّ حالًّا، كما أنّ المحرِّكَ من جعل المحلَّ مُتَحَرِّكًا.

وإذا كان مُثْبتًا للحلِّ في المحلِّ فالحلُّ الثابتُ في المحلِّ إن كان متعدِّدًا فالمنفيُّ في محلِّ النزاعِ إنما هو حلٌّ واحِد، والفائتُ بالطلقتَينِ اثنتان، فالحلُّ الثابتُ في المحلِّ بالحديثِ يجبُ أن يكونَ غير الحلِّ الثابتِ في المحلّ، وإلا كان فيه تحصيل الحاصل، وفي ذلك عَودُ المحلِّ إلى ما كان عليهِ من الحلِّ أوَّلًا.

وإن كان الحِلُّ الثابتُ في المحلِّ مُتَّحِدًا فلا يخفَى أنّهُ قد يوصفُ بالكمال تارةً؛ وهو أن يكون متوقِّفَ الزوالِ على الطلقاتِ الثلاث، وبالنقصانِ تارةً؛ وهو أن يكونَ بفرضِ الزوالِ بالطَّلقةِ الواحدةِ والاثنتين، والحلُّ في محلِّ النِّزاعِ ثابتٌ بصفةِ النُّقصان، والحلُّ الثابتُ في محلِّ الوفاقِ بالنَّصِ ليس هو الحِلَ الناقص؛ لما فيه من تحصيلِ الحاصل، بل الحلُّ الكاملُ وهو المطلوب.

وأمّا من جهةِ المعنى فهو أنّا أجمعنا على حلِّ النِّكاح قبل تمامِ الطلقاتِ الثلاث، فعِلَّتُهُ إن لم تكن موجودةً في محلِّ النزاع كانتِ العلةُ قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحِلُّ بعينِ ما ذكرتموه.

والجوابُ / عن المعارضةِ بالخبر أنّهُ يجب حَملهُ على المحلِّلِ في نكاح المتعةِ، حيثُ قرنَ به اللعن، والزوجُ الثاني من حيثُ هو زوجٌ ثانٍ غيرُ مستحقٍّ للَّعن. [٩٣/أ]

ثمَّ هو مُعارَضٌ بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، مُرَتَّبًا على قولِه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والزَّوجةُ فيما نحنُ فيه مُطَلَّقةٌ بعد طلقتين، فكانت داخلةً تحتَ دلالةِ النَّصّ.

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناهُ من الدَّليل.

كيفَ وأنّ التَّرجيحَ لما ذكرناهُ من النُّصوص لتواتُرِه، ولما فيه من الاحتياطِ في بابِ النكاحِ الثابتِ على خلافِ الدَّليل؟

وعن المعارضةِ بالمعنى أنّ حاصلَ الحلِّ الثابتِ في محلِّ الوفاق يَرجِعُ إلى نفيِ التبعةِ والحرج، والنفي قد يكونُ لعدمِ المقتضي للتبعةِ فلا قصور، وبتقديرِ أن يكونَ حُكمًا ثُبوتِيًّا، ولا وجودَ لعِلَّتِهِ في الفرع، فغايَتُهُ القصورُ في العلة، وهي غيرُ باطلةٍ عندنا على أحدِ القولَين، وعندهم هي باطلةٌ[1]، فلا يصِحُّ تعليلُهُمْ بها.



(١) قال الآمدي: «اتفق الكل على أن تعدية العلة شرط في صحة القياس، وعلى صحة العلة القاصرة كانت منصوصة أو مُجمَعًا عليها، وإنما اختلفوا في صحة العلة القاصرة إذا لم تكن منصوصة ولا مُجمَعًا عليها، وذلك كتعليل أصحاب الشافعي حرمة الربا في النقدين بجوهرية الثمنية، فذهب الشافعي وأصحابه، وأحمد بن حنبل، والقاضي أبو بكر، والقاضي عبد الجبار، وأبو الحسين البصري، وأكثر الفقهاء، والمتكلمين إلى صحتها، وذهب أبو حنيفة وأصحابه، وأبو عبد الله البصري، والكرخي إلى إبطالها، والمختار صحتها». «إحكام الأحكام» للآمدي، ٣: ٢١٦.

[١١٦] ـ مسألة [اعتبار عدد الطلاق بالرجل من حيث الرق والعتق]

اعتبارُ الطلاقِ بالرَّجلِ عندنا، حتى إنّهُ يَتكمَّلُ بحريةِ الزوجِ وإن كانتِ الزوجةُ أمةً، ويَتَشَطَّرُ برِقِّهِ وإن كانتِ الزَّوجةُ حُرّةً[١]، وقال أبُو حنيفة: إنّهُ معتبرٌ بالزَّوجة، حتى إنه يَكمُلُ الطلاقُ بحريةِ الزوجةِ وإن كان الزوجُ رقيقًا، ويَتَشَطَّرُ برِقِّها وإن كان الزوجُ حُرًّا[٢].

لنا النصُّ والمعنى؛ أما النصُّ فقوله عليه السلام: «الطلاقُ بالرِّجال، والعِدّةُ بالنِّساءِ»[٣]، وهو نصٌّ في المطلوب.

فإن قيل: الخبرُ غيرُ معمولٍ بظاهرِه دونَ إضمارِ الاعتبار، وليس إضمارُ العددِ أولى من إضمارِ اعتبارِ أصلِ الطلاق، واعتبارُ أصلِ الطلاقِ عندنا بالزَّوج.

سلَّمنا ظهورَه في اعتبارِ العددِ وصفًا، غيرَ أنّهُ محتمِلٌ لاعتبارِ الأصل، ولهذا لو فسَّرَ الشارعُ كلامَه به لَما كان ممتنِعًا، ويجب الحملُ عليه حتى لا يكون الحِلُّ الثابتُ في الأمة مُساويًا للحِلِّ الثابت في الحرّةِ على خلافِ الدليلِ المقتضي للتنصِيفِ في النعم بين الحر والعبد، وحتى لا يُفْضِي إلى

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٩٠.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٠: ٤٩٧٣. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٧. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١١٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٩٠.

(٣) «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد، ومن قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء، ومن قال: هما جميعًا بالنساء، ١٥١٦٣.

[ب/٩٣] ردِّ التَّفاوُتِ بين الحر والعبد من التنصيف إلى التربيع، من حيث إنّ مالكيةَ العبدِ في النِّكاح على التنصيف من مالِكِيّةِ الحُرّ، وفي التنصيف في الطَّلاقِ ما يُوجِبُ عَوْدَ حقِّهِ من مالِكِيّةِ النِّكاح إلى الرُّبع، وهو خلافُ المعهودِ من الشَّرع.

والجوابُ عن السُّؤال الأوَّل: أنّهُ يجب حَمْلُ الخبرِ على اعتبارِ العَدَدِ والمقدارِ في الطلاقِ تسويةً بينَهُ وبينَ المعطوفِ عليه، وهو قوله: «والعِدّةُ بالنِّساء».

وعن السُّؤالِ الثّاني بالقدحِ في دليلِ التَّأويل.

أمّا الأوّل: فلأنّه ليس التَّنصيفُ بموافقةِ ما يناسِبُ الأمةَ أوْلَى من التكميلِ موافقةً لما يناسِبُ حالَ الزَّوجِ الحرّ.

وأمّا الثاني: مُعارَضٌ بمثله من جانب الأمةِ إذا قلنا: إنّ اعتبارَ الطلاق بالنساءِ من حيثُ إنّ رِقَّها يوجِبُ تنصيفَ حِلِّ النكاحِ في حقِّها، وفي تنصيفِ الطلاقِ ما يوجِبُ عَوْدَ حقِّها من مالكِيّةِ النكاح إلى الرُّبع، وليسَ التزامُ أحدِ المحذورَين أولَى من الآخَر.

وأمّا المعنى فهو أنّ ملزومَ اعتبارِ الطلاقِ بالزَّوج ثابت، فوجبَ أن يثبت.

بيانُه: أنّهُ لو اتَّفقَ الزوجانِ في الحريةِ أو الرِّقِّ فإنّ الطلاقَ يَكمُلُ في الأوَّلِ دون الثّانِي، وذلك إمّا أن يكونَ ثابِتًا بالنَّظرِ إلى حالِ الزوجَينِ أو أحدِهما.

الأوَّل: خلافُ الإجماعِ من الفريقَين.

والثّانِي: إما أن يكونَ مع تَساوِي حالِ الزوجَين في اعتبار ذلك، أو مع ترجُّحِ أحدِهما.

الأولُ ممتنِعٌ؛ لعدم الأولوِيّة، فلم يبقَ إلا أن يكونَ مُعتبَرًا بحالِ الراجِحِ منهُما، والترجيحُ للزَّوجِ؛ لأنّهُ مالِكٌ للطلاقِ بخلافِ الزوجة، وإسنادُ حالِ الملك إلى المالك أوْلَى من إسنادِهِ إلى غير المالِك.

فإن قيل: بل الترجيحُ في طَرَفِ التكميلِ بجانبِ الزوجةِ الحرةِ على الزوجِ؛ لأنها أحوجُ إلى توسعةِ النكاحِ من الحرّ؛ لأنها لا تتحصَّنُ بغير ملك النكاح، وأنها لا تقدرُ على التَّزَوُّجِ بأكثرَ من واحدٍ بخلافِ الحرّ، وأمّا في طرفِ التنقيصِ فلأنّ حاجةَ الأمةِ إلى النكاح دونَ حاجةِ العبد؛ حيثُ إنها تتحصَّنُ بملكِ اليمينِ بخلاف العبد، وإضافةُ التنقيصِ من حلِّ النكاحِ إلى بعضِ الحاجةِ أوْلَى. [أ/ ٩٤]

قلنا: بل ما ذكرناهُ أوْلَى، فإنه مترجِّحٌ على ما ذكروهُ في فصلِ التزويجِ؛ لإجماعنا على اعتبارِ العددِ في التزويجِ بحالِ الزوجِ المالكِ للتَّزويج.



[١١٧] ـ مسألة [ميراث المبتوتة في مرض زوجها]

المبتوتةُ في مرض الموتِ إذا مات عنها زوجُها في العِدّةِ لا ترث عندنا في أحدِ القولَين[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على أنها لا ترِثُ إذا كان الطلاقُ بسؤالها، أو كان الموتُ بعد انقضاء العدّةِ إذا كان الطلاقُ في زمنِ الصِّحّة، وكذا لو ماتت في العدّةِ فإنّ الزوجَ لا يرثُها.

لنا أنّ القولَ بالتوريثِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ التوريثِ الإجماعُ والمعنَى؛ أمّا الإجماعُ فما رُوِيَ عن عمر أنّهُ كتب إلى شريحٍ القاضي[٣] أنْ وَرِّثِ امرأةَ الفارِّ[٤].

ورُوِيَ عن عثمان أنّهُ وَرَّثَ زوجةَ عبدِ الرحمن بنِ عوف وقد مات عنها

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٩٣.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٩٤٦. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤١٨. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٢٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢١١.

(٣) شريح بن الحارث القاضي (ت٨٢هـ)، فقيه مجتهد، قاضٍ عادل، قال عنه علي بن أبي طالب: «من أفضل الناس»، مكث في القضاء خمسًا وسبعين سنة، استقضاه عمر على الكوفة، واستمر قاضيًا عليها إلى عهد الحجاج، فاستعفاه فأعفاه. «طبقات الفقهاء» للشيرازي، ص٨٠.

(٤) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، من قال: ترثه ما دامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض، ١٩٠٣٨.

في العدّةِ بعد أن طلَّقها في مرضِ الموت ثلاثًا، وقال: أفِرارًا من كتابِ الله؟[١]

وإلى ذلك ذهبَ عليٌّ وابنُ عبّاسٍ وابنُ مسعودٍ[٢]، وكان ذلك مشهورًا فيما بين الصحابة، ولم يوجد له نكيرٌ[٣] فكان إجماعًا.

وأما المعنى فهو أنّ سببَ التوريث موجودٌ بتقدير عدمِ الطلاق، ولا فارقَ سوى عدمِ الطلاق في الأصلِ ووجودِهِ في الفرع، والأصلُ عدمُ تأثيرِ الطلاقِ في التوريث، وعدمُ مانعيَّتِهِ في الفرع فكان الإرثُ لازمًا، ولأنّ الطلاقَ إنما يكون مانعًا من التوريث إذا كان الزوجُ قاصدًا به قَطْعَ النكاح الذي هو سببُ التوريث، وليس كذلك، بل إنما قصدَ به حرمانَ الزوجةِ من الميراث، ولهذا قال عثمان: أفرارًا من كتاب الله؟

فناسبَ مقابلتَهُ بنقيضِ قصدِه كما في حقِّ القاتلِ لمورِّثه، وبتقديرِ أن يكونَ

---

(١) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثًا وهو مريض، هل ترثه؟ ١٩٠٣٣. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، ١٥١٢٨.

(٢) لم أجده لهؤلاء، وقد نقله ابن المنذر عن غيرهم قائلًا: «وبه قال ابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وعروة بن أبي سليمان، والحارث العكلي، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، والليث ابن سعد، والثوري، والنعمان وصاحباه»، «الإشراف على مذاهب العلماء» لابن المنذر، ١: ١٦٦.

(٣) لعله فهم ذلك من قول ابن سيرين: كانوا يقولون لا يختلفون: «من فَرَّ من كتاب الله رُدَّ إليه، يعني في الرجل يطلق امرأته وهو مريض». «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، من قال: ترثه ما دامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض، ١٩٠٤٧، وقد خالَفَ في ذلك ابن الزبير، قال ابن المنذر: «وقالت فرقة: لا ترثه، رُوِي ذلك عن عبد الله بن الزبير، وبه قال أبو ثور، وقول ابن الزبير أصح الأقاويل في النظر، والله أعلم. «الإشراف على مذاهب العلماء» لابن المنذر، ١: ١٦٧.

قاصدًا قَطْعَ النكاح فإنما يكونُ مبطِلًا للنكاح من جهةِ كونِهِ سببًا للإرثِ أن لو كان من هذه الجهةِ حقًّا له، وأمّا إذا كان حقًّا للزوجةِ فلا؛ لما فيه من إبطالِ حقِّها دونَ رِضاها وهو إضرار بها، وهو متنفٍ بقوله عليه السلام: «لا ضررَ ولا ضرارَ في الإسلام»[١].

[ب/ ٩٤] والجوابُ عن الإجماع أنّ عبد الله بن الزبيرِ أنكرَ ذلك، وقال: لو كان الأمرُ إليَّ لما وَرَّثْتُها[٢].

ومع إنكاره فلا إجماع.

وعن المعنى بمعارضته بأنّ حرمانَ الميراثِ متحقِّقٌ بتقدير وجودِ الطلاقِ في حالةِ الصحة، ولا فارق بين الأصل والفرع سوى حالةِ الصحةِ في الأصلِ وحالةِ المرضِ في الفرع، والأصلُ عدمُ تأثيرِ حالةِ الصحةِ في الحرمان، وعدمُ تأثيرِ حالةِ المرضِ في التوريث، فلزم الاشتراكُ في الحرمان، وإذا تعارضَ الدليلانِ سُلِّم لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وقولهم: إنما قَصَدَ بالطَّلاقِ حرمانَها من الميراثِ، ليس كذلك، فإنّ الغالبَ من العاقلِ أنّه في آخرِ عُمْرِه عند الانتقالِ إلى دارِ المجازاةِ أنّهُ لا يَقصِدُ ذلك مع كونِهِ محرَّمًا عليه لنَفْعٍ يصلُ إلى الوارث.

وما ذكروهُ من الوجه الثّاني فباطلٌ بما لو طلَّقَها قبلَ المَسيسِ، أو ماتَ عنها بعدَ انقضاءِ العدّة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثًا وهو مريض، هل ترثه؟ ١٩٠٣٥.

مسائل الرجعة

[١١٨] ـ مسألة [وطء المطلقة الرجعية في العدة]

وطءُ المطلقةِ الرَّجعيةِ في العدّةِ حرامٌ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

لنا أنّ علةَ التحريمِ في عدّةِ البائن إن لم تكن موجودةً في الفرع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزمَ التحريم.

وما يتعلقُ بالقصورِ اعتراضًا وانفصالًا فقد سبق.

والذي يختصُّ بهذه المسألةِ أنّهُ وإن سُلِّم وجودُ علّةِ التحريم في الفرع غيرَ أنها معارَضةٌ بما يُوجِبُ حِلَّ الوطء.

وبيانه: أنّ علّةَ حلِّ الوطءِ قبل الطلاقِ وإن لم تكن موجودةً في الفرع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحلّ.

وأيضًا فإنّ النكاحَ باقٍ، فحَلَّ وطؤها كما قبل الطلاق.

أما أنّهُ باقٍ فلأنّه كان موجودًا قبل الطلاق، والأصلُ بقاؤه، إلا أن يوجدَ المعارِض، والأصلُ عدمُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٩٧.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٩٨٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢١. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٢١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٠٧.

ولأنه يصح طلاقُها، والطلاقُ قَطْعُ النكاح، فدلَّ على بقاءِ النِّكاح، وأنه يَستقِلُّ الزوجُ بالرجعة، ولو زال النكاح لما استقلَّ به، دفعًا للضرر عن الحرة.

ولأنّ الرجعةَ وردتْ في الكتابِ بلفظِ الإمساك، وذلك يَستدْعِي البقاءَ، وإلا كان ابتداء إثباتٍ لا إمساك، ولأنّ المراجعَ بَعْل، بدليلِ قوله [تعالى]: [أ/٩٥] ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

والبعلُ هو الزوج.

والأصلُ في إطلاق اسم الزوج أن يكون حقيقةً، وذلك يَستلزِمُ بقاءَ النكاح، ويلزم من ذلك حِلُّ الوطء؛ إذ هو الحكم الأصليُّ للنكاح، وأنه سببُ النسبِ بوطئِها، ولا يجبُ به الحدّ، ولولا بقاءُ النكاحِ لما كان كذلك.

والجوابُ عن الأوَّل: أنّ حِلَّ الوطءِ يرجعُ إلى عدم التبعةِ والمؤاخذة، وذلك مستنِدٌ إلى النفي الأصليّ، لا إلى علّةٍ مُقتضيةٍ للحلِّ، فلا قصورَ ولا تعدية، وبتقديرِ أن يكونَ معلَّلًا بعلّةٍ قاصرةٍ فهي صحيحةٌ عندنا(١).

وعن الثاني: بمنع وجود النكاحِ المُبيحِ للوطء.

قولهم: إنه موجودٌ قبل الطلاقِ، والأصلُ بقاؤه.

قلنا: وعلّةُ تحريم الوطء كانت موجودةً قبل النكاح، والأصلُ بقاؤُها، فلو اعتقدنا بقاءَ النكاحِ المبيحِ للوطء كان فيه تكثيرُ مخالفةِ الدليلِ المحرِّم، وهو خلافُ الأصل فلا يعتقد.

قولهم: إنه يصحُّ طلاقُها.

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي، ٣: ٢١٦.

قلنا: ذلك يَستدعِي بقاءَ النكاح من كلِّ وجهٍ، أو من وجه.

الأول: ممنوع، **والثاني**: مُسَلَّم، ولا يَلزمُ من ذلك بقاءُ النكاحِ المبيح للوطء.

قولهم: إنّ الزوجَ يَستقِلُّ بالمراجعةِ دون رِضَى الزوجة، لا نُسَلِّمُ ذلك؛ فإنّ الرجعةَ من أحكامِ النكاح، وقد رَضِيَتْ به ابتداءً فكانت راضيةً بجميع أحكامِه، ومنها الرجعة.

قولهم: إنّ الرجعةَ تُسَمَّى إمساكًا.

قلنا: ذلك يدُلُّ على بقاء النكاح من وجهٍ لا من كلِّ وجه، وذلك غير مُستلزِمٍ لحلِّ الوطء، وعلى هذا يكون التخريج في تسميةِ المطلَّق بعلًا.

قولهم: إنّ النسبَ يَثبتُ بوطئِها، ولا يجبُ به الحدّ.

قلنا: ذلك لا يدلُّ على حِلِّ الوطء، بدليل وطءِ أحد الشريكَينِ للجارية المشتركة، ووطءِ المكاتبة، والأختِ من الرضاع.



[١١٩] ـ مسألة [وقوع الرجعة بغير القول الصريح]

الرجعةُ لا تحصلُ بغير القولِ الصريح عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ في قوله: إنها تحصلُ بغير القولِ كالوطءِ، حتى من المجنونِ والنائمِ، وكاللمسِ بالشهوةِ والنظر إلى الفرج بالشهوة[٢]. [ب/ ٩٥]

لنا أنّ القولَ بحصولها بغير القولِ يلزمه إلغاءُ ما دلَّ الدليلُ على اعتبارِه، وهو ممتنع.

بيانُ الملازمة: وهو أنّ صحةَ الرجعةِ بغير القولِ يَستلزمُ تعليلَ الصحةِ بالقدر المشتركِ بينه وبين القول، وهو ما فيه من الدلالةِ على الرغبة في نكاح المرأة فإنّهُ مناسِبٌ له، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقه، ويلزم من ذلك أن يكون مستقِلًّا بالتعليلِ في الفرع؛ لأنّ الأصلَ عدمُ اختصاصِ الفرعِ بمعنًى لا وجودَ له في الأصلِ، وهو الرجعةُ بالقول.

ويلزمُ من ذلك استقلالُهُ في الرجعةِ بالقول، ومِن استقلالِهِ في الرجعة بالقولِ إلغاءُ خصوصِ القول، مع أنّ مناسبتَهُ للصحةِ أشدُّ من الوطءِ وغيره، من جهةِ أنّ دلالتَهُ على الرغبةِ في نكاح الزوجةِ أقوَى من دلالة الوطءِ وغيره؛ لإشعار لفظ الزوجِ به حيثُ يقول: راجعتُها إلى نكاحِي، بخلاف الوطء؛ لاحتمال أن يكون الإقدامُ عليه لإطفاءِ ثائرةِ الشهوةِ مع الكراهة لنكاحها، وإن

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ١٩٥.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٤٩٩١. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٢.

كان ذلك بعيدًا ولا سيما في وطء المجنون والنائم، والحكمُ ثابتٌ على وفقه، وذلك دليلُ اعتباره.

وإذا ثبتتِ الملازمةُ وامتناعُ اللازمِ لَزِمَ امتناعُ الملزوم، ولا يخفى ما يَتَّجِه عليه من الاعتراضاتِ اللازمة، ووجه الانفصال عليها فيما تقدَّمَ في مسألة بيعِ الغائبِ وغيرها.



[١٢٠] ـ مسألة [ظهار الذمي]

ظهارُ الذِّمِّيِّ عندنا صحيحٌ(١)، خلافًا لأبي حنيفة(٢).

وقد أجمعنا على صحّةِ ظهارِ المسلم، غير أنّا اختلفنا في معنى الصِّحّة، فعندنا بمعنى وجوب الكفارة بالعَوْد، وتوقُّف حلِّ الوطء على أداءِ الكفارة، وعندهم بمعنى تَوَقُّفِ حلِّ الوطء على الكفارة دون الوجوب، حتى إنّهُ لو عاد ولم يطأ وجبتْ عليه الكفارةُ عندنا، وعندهم لا تجب.

وأجمعنا على أنّ العودَ عبارةٌ عن الرجوعِ إلى ما صَدَرَ منه بالنقض، غير أنّا اختلفنا فيما به النقض، فعندنا هو مُضِيُّ زمانٍ يَتَّسِعُ للطلاق من غيرِ طلاقٍ(٣)، وعندهم هو العزمُ على الوطءِ(٤).

[٩٦/أ] لنا أنّ علةَ الصحةِ / في حقِّ المسلم إن لم تكن موجودةً في حقِّ الذميِّ كانت العلةُ قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً في حقِّ الذميِّ لزمتِ الصحة، ولا يخفى ما يَرِدُ على القصور، ووجهُ الانفصالِ عنه كما سبق في المسائل.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٠٢.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٥٠٦٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٥. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٣٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٢١.

(٣) «روضة الطالبين» للنووي، ٨: ٢٧٠.

(٤) «المبسوط» للسرخسي، ٦: ٢٢٤.

وتختصُّ هذه المسألةُ بالمعارضة في الفرع بما يُنافي صحّةَ ظهارِ الذمِّيّ، وهو أن يقال: الذي يُوافَقُ عليه من صحةِ الظهار إنما هو بمعنى تَوَقُّفِ حِلِّ الوطءِ على الكفارة، وأنه مَهْما كَفَّرَ حَلَّ الوطء، والكفرُ في الفرعِ منافٍ لحلِّ الوطء؛ لتَوَقُّفِ حِلِّ الوطء على الملك، والملكُ نعمةٌ وكرامة، والكفرُ مناسبٌ لنفيِ الكرامة؛ تعليلًا للإقدام على الكفر.

سلَّمنا ثبوتَ الملكِ والحلِّ في حقِّه، لكنَّ صحةَ ظهارِهِ متوقفٌ على تحريم الوطء في حقِّهِ قبلَ التكفير، وحكمُ تحريم الوطءِ في حقِّهِ إنما هو العقابُ في الدارِ الآخرةِ بتقديرِ وقوعِ المحرَّم، والكفرُ لكونه موجبًا للخلودِ في النار مستغرقًا بأشدِّ العقاب؛ مانعٌ من قَبولِ الكافرِ لعقابٍ آخرَ وراءَ عقوبةِ الكفر.

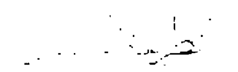
سلَّمنا ثبوتَ الملك والحلِّ في حقِّه، غير أنّ ثبوتَ حلِّ الوطءِ في حقِّهِ بعد التكفير كما في حقِّ المسلم ممتنع، وذلك لأنّ الكفارةَ عبادة، والكفرُ مُنافٍ للعبادة؛ لأنّ حُكمَ العبادة الثواب، والكافرُ ليس من أهلِ الثواب.

وبيانُ كونها عبادةً من ثلاثةِ أوجه:

الأول: أنّ العبادةَ عما أمر به على خلافِ الطبع؛ تمييزًا للطبعِ عن المعاصِي، والكفّارة كذلك.

الثاني: أنّ الكفارةَ مُشعِرةٌ بتكفير الذنب ومَحْوه، وإنما تكونُ ماحيةً للذنب أن لو كانت حسنةً؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: ١١٤]، وإنما تكونُ حسنةً أن لو كانت عبادةً.

الثالث: أنّ الصومَ عبادة، وهو خَلَفٌ عن الإعتاق، وبَدَلٌ عند عَدَمِ العتق، والبدلُ لا بُدَّ وأن يكون قائمًا مقام المبدَلِ على نوعٍ من القصور، فإذا كان



البدلُ عبادةً فالمبدلُ أوْلَى، وأيضًا فإنها تفتقِرُ إلى النية، ولولا أنها عبادةٌ لما كان كذلك.

والجوابُ عن جميعِ ما ذكروهُ ما اتَّفَقَ عليه الشافعيُّ وأبو حنيفةَ من دوامِ صحةِ ظهارِ المسلم بعدَ كُفرِهِ وارتدادِهِ، [ب/٩٦] ولو كان الكفرُ منافيًا لصحّةِ الظهار لما كان كذلك، وإن كان لهم فيه منعٌ فليس إلا على مذهبِ أبي يوسفَ ومحمدِ ابن الحسن، وليس الكلامُ معهُما، فلا يكونُ منعُهُ منقولًا.



[١٢١] ـ مسألة [إعتاق الرقبة الكافرة في الظّهار]

إعتـاقُ الرقبـةِ الكافـرة لا يجـزئُ عن كفـارةِ الظهـارِ عندنـا[1]، خلافًا لأبي حنيفة[2].

لنا أنّهُ لو أجزأتِ الرقبةُ الكافرةُ عن التكفيرِ لأجزأتْ في كفارة القتل، أو لما تأخَّرَ الصومُ عن التحرير، واللازمُ ممتنع.

بيانُ الملازمة: أنه لو أجزأتِ الرقبةُ الكافرةُ عن التكفيرِ في الظهارِ لم يَخْلُ إما أن يكونَ المقصودُ المعتبرُ في نظرِ الشارعِ من التكفير بالرقبة الكافرةِ من حيثُ هو كذلك، مع قطعِ النظرِ عن كلِّ أمرٍ خارجٍ؛ مساويًا للتكفير بالصوم أو أزيدَ أو أنقص، فإن كان مساويًا له أو أزيدَ لزم منه الأخذُ به في كفّارة القتل؛ ضرورةَ إجزاء الصوم في كفّارةِ القتل.

أمّا على التقدير الأوَّل فلِضَرورةِ المساواة، أو بطريقِ الأوْلَى على التقدير.

الثّاني: وإن كان أنقصَ لزم أن لا يتأخَّرَ الصومُ عن العتق؛ لما فيه من إهمال المقصودِ الراجحِ واعتبارِ المرجُوح، وكلُّ واحدٍ من اللازمين خلافُ الإجماع.

فإن قيل: ما ذكرتموهُ من صحّةِ التقسيمِ فرعٌ يماثلُ المقاصد، ولا يصِحُّ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٤٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٠٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٧. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٩٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٧٥.

ذلك مع الاختلاف، ولهذا لا يُقالُ: السَّوادُ إما أن يكونَ مُساوِيًا للبياض أو أزيدَ أو أنقص.

فإن قلتم بالتماثُلِ سلَّمنا صحةَ التقسيم، غيرَ أنّ ما ذكرتموهُ وإن دلَّ على امتناع التكفيرِ فهو مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على نقيضِه، وهو قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة: ٣].

ووجهُ الاحتجاجِ به أنّهُ أضافَ التحريرَ إلى الرقبةِ المطْلَقة، وذلك يَدُلُّ على كونِهِ آتِيًا بمقصودِ الخطاب، وإلا لَما جازَ الاقتصارُ عليه، وإعتاقُ الرقبة الكافرةِ داخلٌ في هذا الإطلاق، فمن أتَى به فقدْ حصَّلَ مقصودَ الخطابِ الموجِبَ للإجزاءِ والخروجِ عن العهدة، فلو قَيَّدْنا الإجزاءَ بالإيمان لكان زيادةً على مُقتَضَى النصِّ فيكون نسخًا، ونسخُ القرآنِ بالقياسِ [٩٧/أ] وبدليلِ الرأي غيرُ جائزٍ[(١)].

والجوابُ عن الأول: أنّ المرادَ بالتَّساوِي والتفاوُتِ بين المقصودِ إنما هو في اعتبارِ الشارعِ بهما لا في نفس المقصودين.

وعن الثّاني: أنّ الآيَةَ وإن كانت مُطْلقةً في الرقبةِ إلا أنّهُ قد عُمِلَ بها في صورةٍ، وهي الرقبةُ المؤمنة، وخُولِفَ في صورةٍ، وهي الرقبةُ المعِيبةُ فلا يَبْقَى حُجّةً، وإن ثبتتْ حجةً إلا أنّ المطلقَ قابل التقييد، وعند ذلك فيجبُ القولُ

---

(١) حكى الآمدي ثلاثة أقوال في نسخ القرآن بالقياس؛ الأول: أنه لا يُنسَخ به، والثاني: النسخ به، والثالث: النسخ بالقياس الجَلِيّ دون الخفي، وهو قول أبي القاسم الأنماطي، واختار الآمدي أن العلة إن كانت منصوصة جامعة فإن القياس ينسخ القرآن، وإن كانت العلة غير منصوصة فلا ينسخ، سواء كان ظنيًا أو قطعيًا، وقال الغزالي: إن القول الأول هو قول الجمهور، وبه يصدر الأصوليون في كتبهم كذلك. «الإحكام» للآمدي، ٣: ١٦٤. «المستصفى» للغزالي، ص١٠١.

بالتقييدِ جمعًا بين الأدلّةِ وما ذكرناه من الدَّليل؛ إذ هو أَوْلَى من العمل بظاهرِ أحدهِما وتعطيلِ الآخَر.

قولهم: إنّهُ زيادةٌ على النَّصِّ فكان نسخًا، ليس كذلك، بل هو تقييد، وبيانُ أنّ مرادَ المتكلِّم المطلِق إنما هو المقيَّد، وذلك غيرُ ممتنع.



[١٢٢] ـ مسألة [إعتاق المكاتب عن الكفارة الواجبة]

إعتاقُ المكاتَبِ عن الكفارةِ الواجبةِ لا يُخرَجُ به عن عهدةِ وجوبها، بمعنى أن يكون مخاطَبًا بوجوبها بعد إعتاقه عندنا[1]، خلافًا لأبي حنيفة[2].

لنا أنّ الكفارةَ كانت واجبةً عليه قبل الإعتاق، والأصلُ بقاؤها إلا أن يُوجَدَ المزيل، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّ الأصلَ بقاءُ وجوبِ الكفارة؛ لأنّ بقاءَ الوجوبِ إمّا بمعنًى يُجَدِّدُه، وإمّا بمعنى استمرارِ ما كان من الوجوبِ ابتداءً بعينِهِ في الأزمنةِ المتجدِّدة.

فإن كان الأول فلا يخفى أنّ الأصلَ عدمُ كلِّ ما قيلَ بتجدُّدِه.

وإن كان الثاني فلا نُسَلِّمُ أنّ الوجوبَ باقٍ بهذا التفسيرِ ليُقالَ: الأصلُ بقاؤُه، وإن سلَّمْنا أنّهُ باقٍ بهذا التفسيرِ فبقاؤُهُ إمّا أن يكونَ واجبًا بذاتِهِ أو ممكِنًا.

الأول ممتنع، وإلا لَما تُصُوِّرَ عدمُهُ في المستقبلِ وهو ممتنِع.
والثاني يَستدعِي مُرجِّحًا للبقاء، والأصلُ عدمُه.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٤٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٠٩.

(٢) «التجريد» للقدوري ١٠: ٥٠٨٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٨. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٩٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٨١.

سلَّمنا أنّ الأصلَ بقاءُ الوجوبِ إلا أنّهُ قد وُجِدَ المزيل.

وبيانُه: أنّهُ مأمورٌ بالتحريرِ لرقبةٍ مؤمنةٍ مطلقًا، وقد أتى بهِ، فوَجَبَ أن يخرجَ عن عهدةِ الأمر، أمّا أنّهُ مأمورٌ بالتحريرِ على الوجه المذكور فيَدُلُّ عليه قولُهُ تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

وأمّا أنّهُ أتَى بالتَّحرِيرِ فلِأنّهُ أتى بالصيغةِ الموضوعةِ للتحريرِ الدّالّةِ عليه، [ب/٧] والأصلُ القصدُ لاستعمالها فيما وُضِعَتْ له، والمحلُّ قابلٌ لذلك؛ لأنّ شرطَ القبولِ لذلك أن يكونَ المحلُّ مملوكًا، والمكاتَبُ كذلك بدليلِ النصِّ والمعنَى والحكم؛ أمّا النَّصُّ فقوله عليه السَّلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بَقِيَ عليهِ دِرْهَمٌ»(١).

وأمّا المعنى فهو أنّ الملك كان ثابتًا قبل الكتابةِ، والأصلُ بقاؤُه.

وأمّا الحُكم فهو أنّهُ يكونُ مملوكًا بتقديرِ نسخِ الكتابة، ولو زال الملكُ لما عادَ لوجودِ المنافي له، وإن عجز المالكُ عن الوصولِ إلى ما طمع فيه بالنزول عن الملك، كما لو أعتق عبدَهُ على مال، والمنعُ من التصرُّف في المكاتبِ بالاستخدامِ لم يكن لعَدَمِ الملك، بل للمحافظةِ على مصلحةِ العتق، وتعجيله بتفريغ بالِ المكاتَبِ بتحصيلِ نجوم الكتابة، وهو مؤمن، فكان المكاتبُ داخلًا تحت مُطلَقِ الآية، وإذا كان آتِيًا بالواجبِ وَجَبَ الخروجُ عن عهدتِه.

---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت ٣٩٢٦. قال ابن الملقن: «مداره على عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ولكنه رُوِي من طرق متكلَّم في بعضها، رواه أبو داود في سننه باللفظ من حديث إسماعيل بن عياش، عن سليمان بن سليم الكناني، عنه، وإسماعيل هذا فيه مقال، لكن قال أحمد: ما روى عن الشاميين فهو صحيح. وسليمان هذا الذي روى عنه حمصي، فالحديث إذن صحيح، وقال النووي في «الروضة»: إنه حديث حسن». «البدر المنير» لابن الملقن، ٩: ٧٤٢.

والجوابُ عن السؤال الأوَّل: أنّ البقاءَ إن كان بمعنى التَّجَدُّدِ لإمساكِ الوجوب الأوَّلِ فهو الأصل، وإلا كان المقتضي للوجوب مُقيَّدًا، وهو خلافُ الغالب من الأسباب المقتضيةِ لأحكامِها على جهةِ الإطلاق.

وإن كان البقاء بالمعنى الثاني وكان ممكِنًا فلا نُسَلِّمُ أنَّهُ يَستدعِي مُرَجِّحًا وراءَ المرجِّحِ للحدوث أوَّلًا ليُقال: والأصلُ عدمُه، والمرجِّحُ للحدوث أوَّلًا كان مُتَحَقِّقًا.

وعن السُّؤال الثّاني بمنعِ وجودِ المزيل.

قولهم: الواجبُ عليه التحريرُ وقد أتى به، لا نُسَلِّمُ أنّهُ أتى بالتحرير، فإنّ التحريرَ إما مُعَلَّقٌ أو مُنْجَز، والمأتِيُّ به غير معلَّقٍ؛ لعدم صيغةِ التعليقِ فيه، ولا مُنْجَز؛ لأنّ التحريرَ المُنْجَزَ عبارةٌ عن تَصَرُّفٍ قوليٍّ يستعقبُ الحريةَ على وجهٍ تكون مضافةً إليه، وإن لم تكن الحريةُ مضافةً إليه لا يكونُ تحريرًا، كما لو علَّقَ عتق عبدِه على نقضِ التصرفات القولِيّة، فإنّهُ وإن كان العتقُ متعقِّبًا له لا يكون تحريرًا، وما أَتَى به من التصرُّفِ فالحريةُ غيرُ مضافةٍ إليه؛ لأنّ ما أتى به من الصيغةِ فإنما [أ/٩٨] هي صيغةُ إخبارٍ عن التحرير، والأصلُ إنما هو تقريرُ الوضع على ما هو حقيقةٌ فيه، إلا أنها قد تُستعمَلُ في الإنشاء على طريق التَّجَوُّز، أو تُجعلُ دالّةً على وجودِ التحريرِ بطريقِ الاقتضاء، وهو أن تُقَدَّرَ الحريةُ قُبيلَ الإخبار؛ ضرورةَ نفيِ الكذبِ عن المخبِرِ عندما إذا لم تكن الحرية سابقةً على الحقيقة، وكلٌّ واحدٍ منهما خلافُ الأصل، وإذا لم يكن بُدٌّ من مخالفةِ الأصلِ فكما أنّهُ قد يمكنُ الخروجُ عن محذورِ الكذب بكلِّ واحدٍ من هذينِ الطريقينِ فقد يمكِنُ أن تُجعلَ هذه الصيغةُ كنايةً عن الإبراءِ عن نجومِ الكتابةِ بغيره بأحدِ اللازمينِ عن الآخر، وقد تكونُ الحريةُ حاصلةً بالسَّبَبِ الأولِ وهو الكتابة، فلا

تكونُ الحريةُ مضافةً إلى ما وُجِدَ منه من التَّصَرُّف، وليس أحدُ الأمرينِ أَوْلَى من الآخر، بل ما ذكرناهُ يكونُ أَوْلَى؛ حَذَرًا من تعطيلِ سببِ الكتابة، وإبطال المقصود المطلوبِ منها من حُصولِ نجوم الكتابةِ للسَّيِّد، وسلامةِ أكسابِ العبد المكاتبِ له، وحرية أولادِ المكاتب ما بين عقدِ الكتابة والعتق، ومع ذلك فيمتنع اعتبار قصدِه للتحرير والتكفير.



[١٢٣] ـ مسألة [من اشترى من يعتق عليه بنية الكفارة]

إذا اشتَرى مَنْ يعتق عليه ناويًا عن جهةِ الكفارة الواجبةِ عليه لا يَخرجُ عن عُهْدةِ الواجب، بمعنى أنّهُ يكونُ مخاطبًا بِهِ بعدَ الشَّرْيِ[١].

لنا في التَّحريرِ والتَّقريرِ ما سَبَقَ في المسألة التي قبلَها، والوجهُ في الاعتراض على أنّ الأصلَ هو البقاء، والانفصالُ عنه فعلى ما سبق أيضًا.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو بيانُ وجودِ المُزيل، وهو أنّهُ وإن كان مأمورًا بالإعتاق فقد أتَى به، فوجبَ أن يَخرُجَ عن العهدة، وبيانُ إتيانِهِ بالإعتاق النَّصُّ والمعنى والحكم؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «لَنْ يَجْزِيَ ولَدٌ والِدَهُ حتَّى يجِدَهُ مملوكًا فيشترِيَهُ فيعتِقَهُ»[٢].

سمّاهُ معتِقًا والأصلُ تنزيلُ الكلامِ على حقيقتِه، وكونه مُعتِقًا يَستدعِي وجودَ الإعتاقِ منه، وأن يُتَصَوَّرَ ذلك بعد حالةِ الشَّري؛ لقوله عليه السلام لإنسانٍ اشترى أخاه: «عَتَقَ عليكَ حين مَلَكْتَهُ»[٣].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٥٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢١٢. ولم يُشِر المؤلف إلى خلاف الحنفية، وهو ثابت في المسألة، انظر «التجريد» للقدوري ١٠: ٥٠٩٣. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٢٩. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص١٩٥. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٧٧. قال القدوري في «التجريد»: «يجوز ذلك استحسانًا، والقياس يمنعه».

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب العتق، باب عتق الوالد، ١٥١٠.

(٣) «سنن الدارقطني»، كتاب المكاتب، ٤٢٢٧، قال عبد الحق الإشبيلي: «لا يصح من أجل =

وحالةَ الشريِ لم يوجد منهُ غيرُ الشري فكان شِراهُ إعتاقًا، ويكونُ معنى [ب/ ٩٨] قوله: «فيُعْتِقَهُ» أي: بالشريِ، كما يقال: سقاهُ فأرْواهُ، وأطعمَهُ فأشبعَهُ، وضرَبَهُ فأوْجَعَه، أي: بالسَّقيِ والإطعام والضَّرب.

وأمّا المعنى فهو أنّ الإعتاقَ عبارةٌ عن تصرُّفٍ قوليٍّ يُقْصَدُ به إزالةُ الرقِّ على وجهٍ يكونُ معتبَرًا فيه، والمشتري لقريبه يَعلمُ أنّهُ لا يُقصَدُ به التملُّك، وإنما يُقصَدُ به إزالةُ الرِّقِّ عنه في مُطَّرِدِ العادة، وقد رأيناهُ معتبرًا فيما قصدَهُ فكان إعتاقًا.

وأمّا الحكمُ فحكمان:

الأوَّل: أنّ الولاءَ يثبت له، ولم يصدُرْ منهُ غيرُ الشري، ولو لم يكنِ الشريُ إعتاقًا لما ثَبَتَ الولاءُ له؛ لقوله عليه السلام: «إنّما الولاءُ لمن أعْتَقَ»[1].

الثّاني: أنّهُ لو اشترى نصفَ مَنْ يعتقُ عليه عَتَقَ عليهِ كلُّه، ويجبُ عليه ضمانُ النصفِ الآخر، ولو لم يكنِ الشريُ إعتاقًا لما كان كذلك، كما لو ورثَ نصفَ العبد.

والجوابُ بمنع وجودِ الإعتاقِ عن النصِّ بمنع دلالته على كونِ الشريِ إعتاقًا، بدليل قوله: «حتَّى يَشتريهِ فيُعتِقَهُ».

عَطَفَ الإعتاقَ على الشريِ بفاء التعقيب، والأصلُ إنما هو التَّغايُرُ بين المعطوفِ والمعطوفِ عليه، وعلى هذا نَقُول: إنّه لو اشتراهُ لا يَعْتِقُ عليه حتى

= ضعف الإسناد». «الأحكام الوسطى» للإشبيلي، ٥: ٢٢٨.

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الفرائض، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط، ٦٧٥١. «صحيح مسلم»، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ١٥٠٤.

يُعتِقَهُ بعد ذلك على رأيٍ لنا(١).

وعلى هذا الأصلِ نقول: معنى قولهم: سقاهُ فأرواه، أي: بالمبالغةِ في السَّقْي، لا بنفسِ السَّقْي، وكذا في باقِي الصُّوَر.

وإن سلَّمنا وجودَ العتق عندِ الشريِ من غيرِ إعتاق، لكن لا بنفسِ الشري، بل بالقرابةِ فإنها مناسِبةٌ لذلك، والحكمُ ثابِتٌ على وفقِها، وفيه التوفيةُ بقوله عليه السَّلام: «عَتَقَ عَليكَ حِينَ مَلكْتَهُ».

وعن المعنَى أنّ المشترِيَ وإن لم يَقْصِدْ بالشريِ سِوَى إزالةِ الرِّقِّ لكنْ عندَ الشريِ بالقرابة، لا بنفسِ الشري؛ لما بَيَّنّاه.

وعن الحكم الأوَّل أنّهُ لا يَدُلُّ على كونه مُعْتِقًا بدليل ما لو وَرِثَه، والنصوصُ مخصوصةٌ بصورةِ الإرث، فإنّ الولاءَ يثبتُ للوارث، وليس ذلك إلا بسَبَبِ كونِهِ مُعتِقًا على ملكِه، وهو موجودٌ في محلِّ النزاع فنَقِيسُهُ عليه. [أ/ ٩٩]

وعن الحكم الثّانِي أنّهُ إنما أوجبَ السِّرايةَ إلى الباقي وتضمينَهُ؛ لكونه مُتَسَبِّبًا، لا لكونه مُعتِقًا بخلاف الوارث.



---

(١) قال النووي: «إذا اشترى من يعتق عليه ونوى كون العتق عن الكفارة فعن الأودني أنه يجزئه، والصحيح أنه لا يجزئه». «روضة الطالبين» للنووي، ٨: ٢٨٧.

[١٢٤] ـ مسألة [المشرقي ينكح المغربية فتلد لمدة لا يمكنهما الاجتماع فيها عادة]

المشرقيُّ إذا نكحَ مغربيةً فأَتَتْ بولدٍ لمدةٍ لا يمكنُ الاجتماعُ بينهما فيها عادةً، فإن كان ذلك لما دون ستةِ أشهر لا يلحقُهُ النسبُ إجماعًا، وإن كان لستةِ أشهرٍ فما زاد لا يلحَقُهُ النسبُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على أنّهُ لو أتت بهِ لستةِ أشهرٍ فما زادَ مع إمكان الوصول إليها عادةً، أنّ النسب يثبت، هذا كلُّه فيما يرجعُ إلى حُكم الظاهرِ عندنا، وأمّا فيما يرجع إلى حكمِ الباطن فإنه مهما عُلِمَ أنّ الولدَ لم يعلق من مائهِ لم يَثْبُتِ النسبُ وإن كانا مجتمعَين، وله نَفْيُهُ باللعان.

لنا أنّ القولَ بلحوق النسبِ يَلْزَمُ منه إلغاءُ ما دَلَّ الدليلُ على اعتباره، وهو ممتنِع، فلا يَلْحَق.

بيانُ الملازمةِ هو أنّ محلَّ الوفاقِ ما إذا كان الوصول بينهما ممكِنًا عادةً، فلو لحِقَ النسبُ في الفرع مع عدم إمكان الوصولِ بينهما عادةً كان الحكمُ في الفرع مُعَلَّلًا بما به الاشتراكُ بينه وبين مَحَلِّ الوفاق من باقي الأوصاف، وهي عقدُ النكاح مع إمكان الوصول العقليِّ لمناسبتِها واعتبارِها، وثبوت الحكم على وَفْقها في الفرع بحكمِ الفرض، وعدمِ اختصاص الفرع بما لا وجودَ

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٣٠.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٠: ٥٢٧٠.

لهُ في الأصل؛ إذِ الأصلُ عدمُه، ويلزمُ منِ استقلال ذلك بالتعليلِ في الفرعِ استقلالُهُ في الأصل، ويلزم من ذلك إلغاءُ ما اختصَّ به الأصلُ من إمكانِ الوصولِ العادِي مع مناسَبَتِهِ وثبوت الحكمِ على وفقِهِ في الأصل، وذلك دليلُ اعتبارِهِ، وهو ممتنع.

وبيانُ مناسبةِ إمكانِ الوصول العادي للُحُوقِ النَّسَبِ هو أنّ علوقَ الولدِ من ماءِ الرجلِ سَبَبٌ للنسبةِ الحقِيقِيّة، فيكونُ مناسِبًا للنسبةِ الشرعيةِ ترتيبًا للحكمِ على وفق الأمرِ الحقيقيّ؛ لكونِهِ على وفق المألوفِ المعروف، فيكونُ أسْرعَ في الانقيادِ وأذْعَنَ إلى القبول، ولا يَخْفَى زيادةُ ظهورِ العلوقِ عند إمكان الوصول عادةً، فكان أشدَّ مناسبةً للنسبةِ الشرعية.

[ب/ ٩٩] وكلُّ ما ذكرناهُ من الاعتراضاتِ على جنسِ هذا الدَّليلِ في مسألةِ بيع الغائبِ وغيرِها، ووجوه الانفصالِ عنها؛ فهو مُتَّجِهٌ هاهُنا فعليكَ بنقلِه.

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو أنّ القولَ بإدراجِ الوصفِ الخاصِّ بالأصلِ في التعليلِ يلزمُ منه إلغاءُ ما وقعَ به الاشتراكُ بين الأصلِ والفرعِ من القرائنِ مع كونِهِ عِلّةً مستقلةً؛ للحوقِ النسبِ بإيماءِ النصّ، وهو قوله عليه السلام: «الولدُ للفراشِ، وللعاهرِ الحجرُ»[1].

رَتَّبَ النسبَ على الفراشِ؛ لمناسبَتِهِ له في كلامِه، فكان ذلك إيماءً إلى التعليل به، وجوابُهُ بمنع وجودِ الفراشِ في الفرع؛ إذ هو عبارةٌ عما تَهَيَّأَ معهُ الافتراشُ متى شاءَ صاحبُهُ عادةً، ولا تحقُّقَ له في الفرع، ويتعيَّنُ تفسيرُ الفراشِ بذلك لا بالزوجية، حتى لا يكونَ انتفاءُ النسبِ عن الصغيرِ على خلافِ عمومِ الخبر.

(١) تقدم تخريجه.

[١٢٥] ـ مسألة [فسخ النكاح عند الإعسار بالنفقة]

الإعسارُ بالنفقةِ يُثبِتُ للزوجةِ حقَّ المطالبةِ بالتفريق عندنا على القولِ المنصور في الخلاف[١]، وفي القولِ الثاني[٢] ـ وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ـ لا يثبتُ[٣].

وقد أجمعنا على ثبوتِ ذلك بها فيما إذا خَرَجَ الزَّوجُ مجنونًا أو عِنِّينًا.

لنا أنّ علةَ المطالبةِ بالتفريقِ في الأصلِ إن لم تكن موجودةً في الفرعِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً في الفرعِ لَزِمَ الحكم، والمتَّجِهُ عليه هاهُنا من الأسولة لا يخرجُ عن الأسولة الحاصِلَةِ بالقصور، وقد عُرِفَ وَجْهُ الانفصالِ عنها فيما سَبَقَ من المسائل مرارًا.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٩٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٤٦.

(٢) قال النووي: «إذا عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجة الموظفة عليه، فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه في كتبه قديمًا وجديدًا أنها بالخيار؛ إن شاءت صبرت وأنفقت من مالها، أو اقترضت وأنفقت على نفسها، ونفقتها في ذمته إلى أن يُوسِر، وإن شاءت طلبت فسخ النكاح، وقال في بعض كتبه، بعد ذكر هذا: وقد قيل: لا خيار لها، وللأصحاب طريقان؛ أحدهما: القطع بأن لها حق الفسخ، وهذا أرجح عند ابن كج والروياني، وأصحهما: إثبات قولَين، المشهور منهما: أن لها الفسخ، والثاني: لا، فالمذهب ثبوت الفسخ». «روضة الطالبين» للنووي، ٩: ٧٢.

(٣) «التجريد» للقدوري، ١٠: ٥٣٨٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٨٨. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٧٨. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٥٦.

مسائل الجنايات

[١٢٦] ـ مسألة [قتل المسلم بالذمي]

المسلمُ لا يجوزُ قتلُهُ بالذِّمِّيِّ عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

لنا أنّ القولَ بجوازِ القتلِ يَلزمُهُ أمرٌ ممتنِعٌ فيمتنِع.

بيانُ الملازمة: أنّ المقصودَ المعتبَرَ من حفظِ المسلم في نظرِ الشارعِ إمّا أن يكونَ مُساوِيًا للمقصودِ المعتبر من حفظِ الذِّمِّيِّ أو أزيدَ أو أنقص.

القولُ بالمساواةِ ممتنِعٌ؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَسۡتَوِيٓ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠]، نَفَى المساواةَ بينهُما من كلِّ وجهٍ؛ لأنّ النفيَ دخلَ على مُسَمَّى المساواةِ/ [أ/ ١٠٠]، فلو وُجِدَتِ المساواةُ من وجهٍ لما كان مُسَمَّى المساواةِ مَنفيًّا، وهو خِلافُ مقتضَى اللفظ، والقولُ بالقِسْمِ الثالثِ خلافُ الإجماع، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ المقصودُ من حفظِ المسلم راجِحًا، والقولُ مع ذلك بالقتل يكون ممتنعًا؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أيْ: فُرِض.

والمرادُ من القِصاصِ المساواة، وهو في اللغةِ عبارةٌ عنها، ولذلك يقالُ للمقَصِّ: مقَصًّا؛ لاستواءِ جانبَيهِ واعتدالِ طَرفَيْه، ولا مساواةَ مع التَّفاوُت.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٠٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٥٧.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١١: ٥٤٣٨. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٥٤. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٩٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٥٣.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ الملازمة، وما ذكرتموهُ من التقسيمِ فإنما يصِحُّ مع تماثُلِ المقاصدِ المعتبرةِ على ما سَبَقَ غيرَ مرّةٍ، وهو غيرُ مُسَلَّم.

سلَّمنا صحةَ القِسمة، ولكن ما المانعُ من المساواةِ، والآيةُ لا تدُلُّ على نفيِ المساواةِ من كلِّ وجه؟ وذلك لأنّ الاستواءَ أعمُّ من الاستواءِ من كلِّ وجه، ومن وجهٍ دون وجه، ولهذا يَصدُقُ قولُ القائل: استوى زيدٌ وعمرٌو، عند تحقُّقِ كلِّ واحدٍ من الأمرَين، والنفيُ إنما دَخَلَ على الاستواءِ الأعمِّ فلا يكون مُشْعِرًا بالأخصّ؛ لأنه لا يكفي في إطلاق لفظِ المساواةِ الاستواءُ من بعضِ الوجوه، وإلا لوجبَ إطلاقُ لفظِ المتساويَيْنِ على جميعِ الأشياء؛ لأنّ ما من شيئين إلا ولا بُدَّ من استوائهما في أمرٍ ما، ولو في نفيِ ما سواهما عنهما، ولو صدقَ ذلك وجبَ أن يكذب عليه غيرُ المساوي؛ لتناقضِهما، والمتناقضانِ لا يصدقان معًا، ويلزم من ذلك أن لا يصدق على شيئَينِ أنهما غيرُ متساويَيْن، وهو باطل، فعُلِمَ أنّهُ لا بُدَّ في اعتبار المساواة من التَّساوِي من كلِّ وجهٍ عند ذلك، فيكفي في المساواةِ نفيُ المساواةِ من وجهٍ؛ لأنّ نقيضَ الكليِّ الموجبِ جزئيٌّ سالِب.

سلَّمنا المساواةَ من كلِّ وجهٍ، لكن ما المانع من القتل، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨].

فهو مخصوصٌ في عُرفِ الاستعمالِ بالقتل في مقابلةِ القتل، والعُرْفُ الاستعمالي حاكمٌ على الوضعِ الأصليِّ ونحنُ نقول به(١).

سلَّمنا ظهورَ الآية في المساواة مطلقًا، إلا أنها قد خُصَّتْ بقتلِ الذمِّيِّ بالمسلم، والعبدِ بالحرّ، والرجلِ بالمرأة، والعالمِ بالجاهل، والعاقلِ بالمجنونِ، [ب/١٠٠]

---

(١) قال الآمدي: «عرف استعمال أهل اللغة الطارئ على الوضع الأصلي حاكم عليه». «الإحكام» للآمدي، ٣: ١٤.

إلى كثيرٍ من الصُّوَر، فلا تبقى حُجّةً، وإن كان حُجّةً إلا أنّا نقِيسُ محلَّ النزاع على صورةِ التخصيصِ بجامعِ القتلِ العمدِ العُدوانِ فإنّهُ مناسِب، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على عَدَمِ جوازِ القتلِ، لكنَّه معارَضٌ بالكتاب والسُّنّة:

أمّا الكتابُ فقوله تعالى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ [الإسراء: ٣٣].

والمرادُ به سَلْطَنةُ القِصاصِ، بدليلِ قولِهِ تعالى: ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾ [الإسراء: ٣٣]، والذِّمِّيُّ مقتولٌ ظُلْمًا، فكان داخِلًا تحت عُمُومِ الآية.

وأمّا السُّنّة: فما رُوِيَ عنهُ عليه السَّلامُ أنّهُ «أقادَ مُسْلِمًا بذِمِّيٍّ»[1].

وقال عليه السلامُ في حَقِّ أهلِ الذِّمّة: «أعْلِمْهُمْ أنّ لهم ما للمسلمينَ، وعليهِم ما على المسلِمينَ»[2].

أثبَتَ لهم ما للمسلمينَ عليهم، وحقُّ القصاصِ ثابتٌ للمسلمين عليهم، فوجبَ أن يثبُتَ لهم القصاصُ على المسلمين.

والجوابُ عن السؤال الأوّل: ما عُرِفَ فيما تقدَّم من المسائل.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الحدود والديات وغيره، ٣٢٦٠، وقال الدارقطني معلقًا على سنده: «وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله».

(٢) قال الزيلعي: «لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف [يعني مصنف «الهداية»]، ولم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ، وهو في كتاب الزكاة، وحديث بريدة، وهو في كتاب السير، وليس فيهما ذلك». «نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية» للزيلعي، ٤: ٥٥.

وعن الثّاني: أنّ الأعمَّ إنما لا يكونُ مُشعِرًا بالأخَصِّ في طرفِ الإثبات، أمّا في طرفِ النفي فلا، ولهذا فإنّهُ يلزمُ من نَفْيِ الحيوان الأعمِّ نفيُ الإنسان الأخصّ.

وعن السُّؤال الثالث: أنّهُ مقابَلٌ بمثله، وهو أنّهُ لا يَكْفي في نفيِ المساواةِ نَفْيُ المساواةِ من بعضِ الوجوه، وإلا لوجبَ إطلاقُ نفي المساواةِ على كلِّ شيئَين؛ لأنّ ما من شيئَينِ إلا وقد تفاوتا من وجهٍ؛ ضرورةَ تعيينِهما وتمايُزِهما، ولو صَدَقَ ذلك لوجب أن يكذب عليه المساوي لتناقُضهما، ويلزم من ذلك أن لا يصدق على شيئَين أنهما متساويان، وذلك باطل؛ فإنّهُ ما من شيئَينِ إلا ولا بُدَّ من استوائهما، ولو في نفيِ ما عداهُما عنهما، فعُلِمَ أنّهُ لا بُدَّ في نفيِ المساواةِ من نَفْيِ المساواة من كل وجه، وعند ذلك فيكفي في إثبات المساواةِ المساواةُ من بعض الوجوه؛ لأنّ نقيضَ الكليِّ السالبِ جزئيٌّ موجَب، وفيه إبطالُ ما ذكروهُ من عدمِ الاكتفاءِ في إطلاقِ لفظِ المساواةِ بالمساواةِ من وجهٍ، وإذا تقابلَ الأمـرانِ سُلِّم لنا ما ذكرناه أوَّلًا. [١٠١/أ]

وعن السُّؤال الرابع: أنّ الأصلَ تنزيلُ الألفاظِ اللغويّةِ على الوضعِ الأصليّ، وما ذكروهُ من العُرف فإنما يُقْبَلُ أن لو كان ذلك من عرفِ أهلِ اللغةِ أو الشارع، وليس كذلك، وإن كان من عرف الشارع فإنما يفيدُ أن لو كان ذلك متحقّقًا عند وُرُودِ الآيةِ حتّى يُنَزَّلَ لفظُ الآيةِ عليه، والأصلُ عدمُ ذلك، وإن كان مُتَحَقِّقًا عند نزول الآية، إلا أنه يَتَعَذَّرُ حملُ الآية عليه؛ لأنّهُ أوجَبَهُ، وهو غيرُ واجبٍ لا على الوليِّ ولا على الجاني، فتَعَيَّنَ حملُهُ على الموضوع الأصليّ.

وعـن سـؤالِ التَّخصِيـص: أنّ العـامَّ بعـد التخصيـصِ حجّـةٌ بالاتفاقِ من الفريقَين.

وعن التَّخصِيصِ بالقياسِ على صُوَرِ التَّخصِيص: أنّهُ يجب اعتقادُ اختصاصِ صُوَرِ التخصيصِ بما لا وجودَ له في محلِّ النزاع؛ تقليلًا لمخالفةِ العمومِ في الفرع، ومخالفةِ الدَّليلِ النافي للقصاص.

وعن المعارضةِ بالآية: معارضتُها بقوله عليه السلام: «لا يُقْتَلُ مسلمٌ بكافرٍ»(١).

والآية وإن كانت متواترة إلا أنها تتناول الذمي؛ لعموم القتل الظلم.

والخبرُ يتناولهُ بخصوصِه، ومع التعارُضِ يُسلَّم لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وعن الخبر الثاني: أنّهُ موقوفٌ على عبد الرحمن البيلماني(٢)، وهو ضعيفٌ(٣).

وعن الخبر الأخير: أنّهُ متروكُ الظاهر؛ فإنّ غيرَ ما ثبت للمسلمِ لا يكونُ ثابتًا للذِّمِّيّ، وليسَ إضمارُ المثل أوْلَى من إضمارِ البعض، بل إضمارُ البعضِ أوْلَى؛ إذ هو غيرُ مُخَصَّص، بخلافِ إضمار المثل، فإنّهُ ليس كلُّ ما يثبتُ للمسلم يثبتُ مثلُهُ للذِّمِّيّ.



---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الجهاد والسير، باب فكاك الأسير، ٣٠٤٧.

(٢) عبد الرحمن بن البيلماني مولى عمر بن الخطاب، روى عن جماعة من الصحابة، منهم ابن عباس وابن عمر وابن عمرو، ومن التابعين نافع بن جبير وعبد الرحمن الأعرج، وروى عنه ابنه محمد وربيعة ويزيد بن طلق وآخرون، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: مات في ولاية الوليد بن عبد الملك، لا يجب أن يعتبر شيء من حديثه إذا كان من رواية ابنه محمد؛ لأن ابنه يضع على أبيه العجائب. «تهذيب التهذيب» لابن حجر، ٦: ١٤٩.

(٣) قد تقدم قول الدارقطني: «وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله!».

[١٢٧] ـ مسألة [قتل الحر بالعبد]

يَحرُمُ قتلُ الحرِّ بالعبد عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ محلَّ النزاع شارَكَ محلَّ الإجماعِ ـ وهو السيد ـ في مُستلزَمِ الحكمِ، فكان مُشارِكًا له في الحكم.

وبيانُ ذلك: هو أنّا أجمعنا على أنّ السيدَ يحرمُ قتلُهُ بقتلِ عبدِه، ويحرمُ قطعُ يدِه بقطع يدِه، فعِلّةُ الحُكمَينِ إما أن تكونَ واحدةً أو متعددةً، فإن كانت واحدةً فقد أجمعنا على وجودِ أحدِ حُكمَيها في الفرع، وهو حرمةُ قطعِ يدِ الحرِّ بالعبد، ويلزمُ من وُجودِ / حكمِ العلةِ وجودُها، وإن كانت عِلَّةُ الحُكْمَينِ [ب/١٠١] في الأصلِ متعددةً فتلازُمُ الحُكْمَين فيه دليلٌ بلازمِ العلَّتين، وقد وُجِدَ أحَدُ الحُكْمَينِ في الفرع، ويلزمُ منه وجودُ علَّتِهِ التي ثبتَ بها في الأصل، ويلزمُ من وجودِها وجودُ علّةِ الحكم الآخر؛ ضرورةَ التلازُمِ بينهما، ومن وجودِ علّةِ الحكمِ الآخر وجودُه.

وكلُّ ما أوردناهُ على هذا النوع من الاعتراضاتِ في مسألة التقابُضِ سوى المعارضةِ وطرق الانفصالاتِ عنها، فهو متَّجِهٌ هاهنا، فعليك باعتباره ونقله إلى هاهنا.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٠٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٦١.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١١: ٥٤٦٩. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٥٥. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٠٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٥٦.

وتختصُّ هذه المسألة بأسولةٍ أخرى، منها أنّ العلةَ الموجِبةَ لتحريم قتلِ السيِّدِ وقطع يدهِ بعبدِه إنما هو الحريةُ مع وصف السيادة، فإنها مناسبةٌ للتحريم؛ نفيًا للمماثلةِ بين السَّيِّدِ وعبدِهِ مع زيادةِ شرفِ السيادة، والسيادةُ غيرُ متحَقِّقةٍ في الفرع.

ومنها المعارضةُ بقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، والعبدُ مَقْتُولٌ ظُلْمًا، فاندرجَ تحتَ عُمومِ الآية.

وبقولِهِ عليه السلام: «لا يحلُّ دمُ امرئٍ مسلمٍ إلا بأحدِ أمورٍ ثلاثة....»(١).

وعدَّ القتلَ بغيرِ حقٍّ من جملتِها، والعبدُ مقتولٌ بغير حقٍّ، فكان موجِبًا لحلِّ قتلِ قاتِلِه.

والجوابُ عن الأول: أنّهُ مُلْغًى بالطرف؛ حيثُ سوَّيْنا بينهُ وبينَ الأجنبيّ.

وعن المعارضةِ بالآيةِ والخبرِ، معارضتُهما بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، قابَلَ الحُرَّ بالحُرّ، والعبدَ بالعبدِ في تفسيرِ القِصاصِ المستَحَقّ علينا، فمقابلةُ العبدِ بالحرِّ مخالفةٌ لذلك، غيرَ أنّهُ قد خَصَّ عنه قَتْلَ العبد بالحرّ، فيَبْقَى حجّةً فيما عداه، ومع تعارُضِ النُّصُوصِ يَسْلَم لنا ما ذكرناهُ من الدَّليلِ أوّلًا.

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥]، ٦٨٧٨. «صحيح مسلم»، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، ١٦٧٦. وتمام الحديث عند البخاري: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة».

[١٢٨] ـ مسألة [ضمان قيمة العبد المقتول خطأ إن جاوزت دية الحرّ]

العبدُ المقتولُ خطأً مضمونٌ بقيمتِهِ بالغةً ما بَلَغَتْ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ ومحمدِ بن الحسن فإنّهما قالا: لا يزيدُ على دِيةِ الحرِّ إن قُوِّمَ بأكثرَ منها، بل يُرَدُّ إلى ديةِ الحرِّ وحَطِيطةِ عشرِ دراهمَ[٢].

لنا أنّ العلةَ الموجبةَ لكمالِ قيمةِ ما عدا العبدَ من الأموالِ إن كانتْ غيرَ موجودةٍ / في الفرع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزِمَ الحكم، وقد عُرِفَ ما يَتَّجِهُ على هذا النوعِ من الدليل، ووجهُ الانفصالِ عنه في مسألةِ زكاةِ الصبيِّ وغيرها، فلا حاجةَ إلى إعادته. [١٠٢/أ]

وتختصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، والعبدُ مُؤْمِنٌ مَقْتُولٌ خَطَأً، فاندرَجَ تحتَ عُمومِ الآية، والدِّيةُ الواجبةُ مجمَلة، وقد فسَّرها النبيُّ ﷺ بقوله: «في النَّفْسِ المؤمِنةِ مِئةٌ من الإبلِ»[٣].

فلا يزادُ على ذلك.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٢٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٦٤.

(٢) «التجريد» للقدوري ١١: ٥٤٨٤. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٥٩. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٠٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٥٨.

(٣) «سنن النسائي»، كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول، واختلاف الناقلين له، ٤٨٥٣. وهو عنده جزء من حديث، وقد أتى بلفظ: «وأن في النفس الدية مئة من الإبل».

وجوابُهُ بمنعِ تناوُلِ الآيةِ للعبد؛ فإنّ لفظَ المؤمنِ نكرةٌ في سياقِ الإثباتِ، فكان مطلقًا، وقد عُمِلَ به في حقِّ الحرِّ فلا يَبْقَى حُجّةً في غيره؛ لحصولِ العملِ بمدلوله، وإن كان لفظُ المؤمن عامًّا للعبدِ وغيره إلا أنه يُمنع دخولُ العبد تحته من جهةِ أنّ الديةَ الواجبةَ مفسَّرةٌ بالإبلِ، وهيَ غيرُ واجبةٍ في العبدِ إجماعًا، وأنها مصروفةٌ إلى أهل المقتول، وقيمةُ العبدِ مصروفةٌ إلى سَيِّدِه.



[١٢٩] ـ مسألة [قطع الأيدي باليد الواحدة]

الأيدِي تُقطعُ باليد الواحدةِ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ العلةَ الموجبةَ للقطعِ على المنفردِ إن لم تكن موجودةً في حقِّ كلِّ واحدٍ من شركاءِ القطع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً في حقِّ كلِّ واحدٍ وجب قطعُ الكلّ، وكلُّ ما يتَّجِهُ على القصور وجوابه فقد عُرِفَ فيما سبق من المسائل، فعليك بنقله إلى هاهنا.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ في الفرع بفواتِ شرط القصاص.

وبيانه: هو أنّ المماثلة شرطٌ، ولم توجدْ، فلا مشروط.

وبيانُ اشتراطها النصُّ والمعنى والحكم؛ أما النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾ [غافر: ٤٠]، وقوله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [الشورى: ٤٠]، قيَّدَ الجزاءَ بالمثل، ولا مماثلةَ من جهةِ أنّ الصّادِرَ عن الكلِّ قطعٌ واحِدٌ، فيكونُ الصّادِرُ عن كلِّ واحدٍ بعضَ القطع، والواجبُ على كلِّ واحدٍ قطعٌ كاملٌ، فلا مماثلةَ بين كلِّ القطعِ [ب/١٠٢] وبعضِ القطع.

وأمّا المعنى فهو أنّ الجاني معصوم، ومن الوفاءِ بعصمتِهِ دفعُ ضررِ الزيادةِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٠٧. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٦٦.

(٢) «التجريد» للقدوري ١١: ٥٤٩٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٦١. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٧٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٣٥.

عنه؛ لقوله عليه السلام: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسْلامِ»[١].

وأمّا الحكم فهو أنّهُ لا يَجرِي القصاصُ في العظام؛ لوَهْمِ التفاوت، فمع يقينِ التَّفاوُتِ أوْلَى.

والجوابُ عن النُّصُوص: أنّ السبَبِيّةَ المذكورةَ فيها مطلقة، وقد عُمِلَ بها في صورة، فلا تبقى حُجّةً في غيرها؛ لحصولِ العمل بمقتضاها، وإن كان لفظُ السَّبَبِيّةِ عامًّا غير أنّا نقولُ بموجبها؛ فإنّما هو القصاص عندنا مِثلٌ للجناية، والزيادةُ مستوفاةٌ؛ ضرورةَ استيفاءِ المستحقِّ المماثل لما فُوِّتَ عليه، وتعذُّر استيفائه دون استيفاء الزيادة.

وعن المعنى: أنّ المجنيَّ عليه أيضًا معصوم، وفي تفويت حقِّهِ من القصاصِ أيضًا إضرارٌ به، ودفعُ الضرر عن المجنيِّ عليه أوْلَى من دفعِهِ عن الجاني، ولهذا كان مرجّحًا في قصاص النفس.

وعن الحكم: أنّ امتناعَ جريانِ القصاص في كسرِ العظام إنما كان؛ لأنّ قدرَ المستحقِّ فيه غيرُ مقدَّرٍ ولا معلوم، فلا يُعلَمُ مقدارُ الزيادةِ التي يتوقف استيفاءُ المستحقِّ عليها، بل ربما وقع فيه الزيادةُ والنقصان، فكلٌّ واحدٍ منهما ممتنع، بخلافِ ما نحنُ فيه، فإنّ قدرَ المستحقِّ معلوم، فلا يُزادُ عليه إلا بقدر ما يتوقفُ عليه استيفاءُ المستحقّ.



(١) تقدم تخريجه.

[١٣٠] ـ مسألة [قتل الواحد بالجماعة قتلًا موجبًا للقصاص]

الواحدُ إذا قتلَ جماعةً قتلًا موجِبًا للقصاصِ لا يُكتَفَى بقتلِهِ عنهم، بل يجبُ القصاصُ لواحدٍ والديةُ للباقين عندنا[١]، وعندهم يُسَلَّمُ إلى جميعِ الأولياء ليقتلوه قصاصًا مُكتَفًى به، ولا يلزمُهُ شيءٌ آخرُ[٢].

لنا أنّ القولَ بالاكتفاءِ بقتله عن قتلِ الجماعةِ يلزمُهُ أمرٌ ممتنِعٌ فيمتنِع.

بيانُ الملازمة: أنّهُ إذا اكتفى بقتله لا يخلو إمّا أن يكونَ ما استوفى منه مساويًا لما فوَّتَهُ بقتل الجماعة، أو أزيدَ أو أنقص، فإن كان مساويًا لزم منه امتناعُ جريانِ القصاصِ بقتل الواحدِ للواحد؛ لأنّ المستوفَى من الجاني يكونُ راجحًا على ما فوَّتهُ بقتل الواحد؛ ضرورةَ مساواتِهِ لما فوَّتَهُ بقتل الجماعة، وما فوَّتهُ بقتل الجماعة / زائدٌ على ما فوَّتهُ بقتل الواحد، والمساوي للزائدِ زائد، وذلك إضرارٌ في حقِّه، وهو منفيٌّ بقوله: «لا ضرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلامِ»[٣]. [١٠٣/أ]

وإن كان أزيدَ فبطريقِ الأوْلَى، وإن كان أنقصَ فالقدرُ الزائدُ الفائتُ بقتل الجماعة لا مقابلَ له، وهو إضرارٌ بهم، وهو منفيٌّ بالنصِّ المذكور، ويلزمُ من انتفاء اللازمِ انتفاءُ الملزوم.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣١٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٦٨.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١١: ٥٥٧٢. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٦٣. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٧١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٤٤.

(٣) تقدم تخريجه.

وكلُّ ما ذكرناهُ من الاعتراضاتِ على النصِّ المذكور فطُرُقُ الانفصالِ عنها في مسألةِ منافعِ المغصوبِ مُتَّجِهٌ هاهُنا فلا حاجةَ إلى إعادتِه.

ويختَصُّ هاهُنا بسؤالٍ آخر: وهو أنّهُ قد خصَّ إما في طرف استيفاء الزيادة بقتل الجماعة بالواحد، والعالم بالجاهل، والعاقل بالمجنون، إلى غير ذلك، وأما في طرف النقصان بالاكتفاء بقتل العبد بالحرّ، والجاهل بالعالم، والمرأة بالرجل، ونحوه.

وجوابُهُ أنّ العامَّ بعد التخصيص حُجّةٌ في غيرِ صورةِ التخصيصِ باتِّفاقِ الفريقَين.



[١٣١] ـ مسألة [موجب القتل العمد]

موجَب القتلِ العمد الديةُ أو القَوَدُ[1]، خلافًا لأبي حنيفةَ في قوله: إنّ موجَبهُ القودُ عينًا، ولا يتمكّنُ الوليُّ من أخذِ الديةِ دون رِضَى الجاني[2].

لنا أنّ التخييرَ أحدُ النوعَين المتَّفَق على حصرِ الوسيلة المُفْضِيةِ إلى مقصودِ القصاص فيها، وقد ترجَّحَ على مقابِلِهِ فوجبَ أن يَتَعَيَّن.

أمّا الدَّعوَى الأُولَى: فهو أنّ الإجماعَ منعقِدٌ على أنّ الحكمَ الذي هو وسيلةٌ إلى تحصيل مقصودِ القصاصِ لا يخرجُ عن التخيير، ويعتبر القصاص والتخيير مُساوِ[يًا] للتعيين في تحصيل مقصود القصاص، وهو الزجر عن تفويت النفسِ المعصومة، فإنّهُ مناسبٌ له، والزجرُ إنما يحصِّل شرعية القصاص مع التمكن من استيفائه، وذلك لأنّ القاتل إذا عَلِمَ أنّهُ إذا قَتَلَ كان القتلُ مشروعًا في حقِّهِ مع تمكُّنِ الوَلِيِّ من استيفائه فإنّهُ يمتنِعُ عن القتل، فتبقى النفسُ المعصومةُ سليمةً بحالها، وذلك حاصلٌ من شرعِ التخييرِ حسب حصولِهِ من التعيين.

وأمّا الدعوَى الثانية: فهو أنّ التخييرَ مترجِّحٌ بالأمنِ من فواتِ حقِّ القتلِ مطلقًا [ب/١٠٣] لا إلى خُلف بتقدير موتِ القاتل؛ حيثُ إنّ الوليَّ يتمكَّنُ من أخذِ الديةِ من تركةِ القاتل بخلاف التعيين، وإذا كان التخييرُ مساويًا للتعيين في حصول مقصودِ القصاصِ وقد تَرَجَّحَ عليه ما ذكرناهُ وجب أن يتعين.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣١١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٧٢.

(٢) «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٣١.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّ المقصودَ من القصاصِ هو الزَّجْرُ ليَصِحَّ ما ذكرتموه، وهو وإن كان مناسبًا إلا أنّهُ معارَضٌ بمناسبٍ آخر، وهو أنّهُ من المناسبِ أن يكون القصاصُ مشروعًا لإحياءِ القتيل معنًى، وذلك بقتلِ القاتل؛ حذرًا من سعيِهِ في إعدامِ الورثة؛ لخوفه منهم؛ ليبقوا أحياءً يمدُّونَ المقتولَ بأسبابِ الثواب بالدعاءِ وغيره.

ويدلُّ على أنّ القصاصَ مشروعٌ لما ذكرناهُ قولُهُ تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة: ١٧٩]، فإنه يَدُلُّ على أنّهُ مشروعٌ لحياةٍ تحصلُ من نَفْسِ القصاصِ، وهو القتل، وهو ما ذكرناه، والحياةُ بجهة الزجرِ إنما تحصلُ بشرع القصاصِ لا بنفس القصاص، وهو خلافُ ظاهر الآية، وإذا كان هذا هو المقصود من القصاصِ فاحتمالُ فَواتِهِ بتقدير التخييرِ وإقدامِ الوليِّ على أخذِ الديةِ دون رِضَى القاتل يكون أظهرَ من فواته بتقديرِ تعيينِ القصاص، والعفو عنه مطلقًا، وعلى مالٍ يُرضي القاتل؛ حيث إنّ أخذَ الديةِ دون رضى القاتل حالة التخيير قد يكونُ مع عدمِ الأمر من القاتل للرَّغبةِ في المال، بخلاف حالة العفو مطلقًا، وبخلاف العفو على مالٍ يُرضي القاتل؛ فإنّهُ لو لا أمْنُهُ منهم لما رَضِيَ ببذل المال، بخلاف ما إذا لم يَرْض.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على التَّخيير، لكنَّهُ معارَضٌ بقولِهِ تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أي: فُرِض، فيندَرِجُ فيه محلُّ النزاع، ويلزمُ من ذلك امتناعُ شرعيّةِ الديةِ؛ لامتناعِ الجمع، وقولِهِ عليه السَّلام: «العَمْدُ قَوَدٌ»(١).

---

(١) «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الديات، من قال: العمد قود، ٢٧٧٦٦. وتمامه عنده: «العمد قَوَدٌ إلا أن يعفوَ وليُّ المقتول».

وبالمعنى: وهو أنّ مقصودَ القصاصِ إمّا أن يكونَ مُساوِيًا للمقصودِ من الدِّية، أو أنقصَ أو أزيد، القولُ بالمساواةِ ممتنِع، وإلا لتعَيَّنَتِ الديةُ؛ لأنّ المحذورَ في استيفائها أدْنَى، وذلك إن كان مقصودُ الديةِ راجحًا، وكل ذلك [أ/ ١٠٤] خلافُ الإجماع، فلم يبقَ إلا أن يكونَ مقصودُ القصاصِ راجحًا، ويلزم منه تعيينُه.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: بترجيحِ مقصودِ الزَّجرِ على الجبر؛ لما فيه من إبقاءِ القتيلِ صورةً ومعنًى، بخلاف الجبرِ فإنّهُ مُفْضٍ إلى إبقاءِ القتيلِ معنًى لا صورةً، فكان التعليلُ به أوْلَى، والتعليلُ بمقصود الجبرِ وإن كان موافِقًا لظاهرِ لفظِ القصاصِ في الآيةِ فالتعليلُ بالزَّجرِ موافقٌ لظاهرِ لفظِ الحياة؛ إذ هو ظاهرٌ في الحياة الحقيقيّةِ دون المعنويّة؛ ضرورةَ كونِ النصِّ خطابًا مع الأحياء؛ حيثُ قال [تعالى]: ﴿ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وليس المرادُ الورثة، وإلا كان القصاصُ حقًّا لهم، وليس كذلك، بل هو حقٌّ للقتيل، بدليلِ صرفِ عِوَضِهِ - وهو الديةُ - في مصالحِه، وقضاءِ ديونِهِ، وتنفيذِ وصاياه، وإذا تعارَضَ الاحتمالُ في دلالةِ النصِّ سَلِم لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا من الترجيح.

وعن المعارضةِ بالآية: أنّهُ ليس المراد بها وجوبَ القصاصِ بمعنى وجوبِ القتل؛ إذ هو غيرُ واجبٍ على أحَدٍ فتعيَّنَ حملُها على وجوبِ المساواةِ في القصاصِ عند إرادتِهِ إن كان الخطابُ مع الأولياءِ أو التمكين منه عند إرادة استيفائه إن كان الخطابُ مع القاتل، وذلك غيرُ منافٍ للتخيير.

وعن الخبر: أنّهُ لا يمكن العملُ بظاهره؛ إذ ليسَ العملُ هو عينَ القود، وليس تأويلُهُ بأنّ حكمَ العملِ هو القودُ أوْلَى من تأويلِهِ بأنّهُ سببٌ للقَوَد، ونحنُ نقولُ به.

كيف وأنّ ما ذكروهُ معارَضٌ بقوله عليه السَّلام: «مَن قَتَلَ قَتِيلًا فأَهْلُهُ بينَ خيرتَين؛ إن شاءُوا أقادُوا، وإن شاءُوا أخَذُوا العَقْلَ»[١]؟

خَيَّرَ بينَ الأمْرَين، وهو ترجمة المذهب، وليس المرادُ بقوله: «أخَذُوا العقلَ»، بتقديرِ إرادةِ القاتل؛ إذ هو تقييدٌ لمطلقِ الخبر من غير دليل، وإذا تعارضتِ النصوصُ سَلِمَ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

وعن المعارضة بالمعنى: ما المانعُ من القولِ بالمساواة بتقديرِ التخيير؟

قولهم: لأنَّهُ لا يلزمُ منه تعيينُ الدية؛ لما فيها من التزامِ أدْنَى الضَّرَرَيْن، إنما يَصِحُّ ذلك مع فرضِ المساواة، ومع تعيينِ الديةِ فلا نُسَلِّمُ المساواةَ؛ إذ هي عندنا من اللوازمِ الخاصّةِ بالتخيير، ولا تخييرَ مع تعيينِ الدية، وهو في [ب/٤٠] غايةِ الدِّقّةِ فليُتَأمَّلْ.



(١) «سنن أبي داود»، كتاب الديات، باب ولي الدم يرضى بالدية، ٤٥٠٤. «سنن الترمذي»، أبواب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، ١٤٠٦. «سنن ابن ماجه»، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، ٢٦٢٣.

[١٣٢] ـ مسألة [وجوب القصاص من المكره على القتل]

المُكرَهُ على القتلِ يجِبُ عليهِ القِصاصُ عندنا على القولِ المنصُورِ في الخِلافِ[١]، والقولُ الثّاني[٢] ـ وهو مَذهبُ الخصمِ ـ: أنّهُ لا قصاصَ عليه[٣].

لنا أنّ وجوبَ القصاصِ لازمُ ملزومٍ مُتحقّقٍ في محلِّ النزاعِ فيَجِب.

بيانُ ذلك: هو أنّا أجمعنا على اجتماعِ وجوبِ القصاصِ وتحريمِ القتلِ فيما قبل الإكراهِ، فعلّتُهُما إمّا واحدةٌ أو متعدِّدة، فإن كانت واحدةً فقد وُجِدَ أحدُ موجَبَيْها في محلِّ النزاع وهو تحريمُ القتل، ويلزم منه وجودُ عِلِّيّةِ الترتيبِ بها في الأصل؛ إذِ الأصلُ عدمُ ما سواها في الفرع، ويَلزمُ من وجودِها وجودُ موجَبِها الآخرِ وهو وجوبُ القصاص.

بيانُ وجودِ تحريم القتلِ في محلِّ النزاع قولُهُ عليه السَّلام: «لا يَحِلُّ دمُ امرئٍ مُسْلِمٍ إلا بأحدِ أمورٍ ثلاثة؛ كفرٍ بعد إيمان، وزنًا بعد إحصان، وقتلِ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٠٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٧٤.

(٢) قال النووي: «وفي المأمور قولان؛ أظهرهما وجوب القصاص». «روضة الطالبين» للنووي، ٩: ١٣٥.

(٣) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٥٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦١٥.

(٤) تقدم تخريجه.

والمُكرَهُ على قتلِهِ لم يوجد منه شيءٌ من الأسباب المذكورةِ فلا يحِلُّ دمُه، وإن كانت العِلّةُ متعدِّدةً فتلازُمُ الحُكمَينِ في الأصلِ دليلُ تلازُمِ العلَّتَين، ويلزمُ من وجودِ علّةِ التحريمِ في الفرعِ وجودُ عِلّةِ وجوبِ القِصاصِ ضرورةَ تلازمِهما.

والاعتراضُ والانفصال: فعلى ما سَبَقَ في مسألة التَّقابُض، فعليكَ بنقلِهِ إلى هاهُنا.

وتختصُّ هذه المسألةُ بسؤالٍ آخرَ، وهو المعارضةُ بالنَّصِّ والمعنى؛ أمّا النَّصُّ فقوله عليهِ السَّلام: «رُفِعَ عن أُمَّتِي الخطأُ والنِّسيانُ وما استُكْرِهُوا عليهِ»[1].

والمرادُ بهِ رَفْعُ المؤاخذةِ والإثم، وهو دليلُ نفيِ القصاصِ والتحريم أيضًا.

وأمّا المعنى فمن ثلاثةِ أوجه:

الأوَّل: أنّ الإكراهَ يُناسِبُ شرعَ القتلِ في حقِّ المُكْرَه زجرًا له، والحكمُ ثابتٌ على وفقه، ويلزم من ذلك امتناعُ وجوبِ القصاصِ على المُكره؛ لأنّ المقصودَ من القصاصِ انتفاءُ القتلِ المُحرَّم، وقد حصَلَ ذلك بشرعِ القتلِ في حقِّ المكره.

الثاني: أنّ الدليلَ يقتضِي تحريمَ القتلِ مطلقًا [أ/ ١٠٥] صيانةً للنفسِ المعصومةِ عن الفوات، ودليلُ اعتباره ما قبل صدورِ القتلِ منه، غير أنّا خالَفْناهُ في حقِّ المختار؛ لعلِّيّةِ وقوعِ القتلِ منهُ ونُدْرةِ القتل بجهةِ الإكراه، فإنّهُ أفْضَى إلى الزَّجرِ بسلامتهِ بتقديرِ الامتناعِ بخلافِ المكره، وأنّ حُرْمَتَهُ أعظمُ؛ لكونِهِ غيرَ معذورٍ بخلافِ المُكرَه.

---

(١) «سنن ابن ماجه»، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ٢٠٤٣. وحديث ابن ماجه عن أبي ذر الغفاري، وقد رواه الحاكم في «المستدرك» عن ابن عباس، قال الحاكم معلقًا عليه: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه». «المستدرك على الصحيحين»، كتاب الطلاق، ٢٨٠١.

الثالث: أنّ القصاصَ حدٌّ والإكراهَ شبهةٌ فيندرِئُ به؛ لقوله عليه السَّلام: «ادْرَؤُوا الحدودَ بالشُّبُهاتِ»(١).

وبيانُ ذلك: أنّ الإكراهَ شُبْهةٌ؛ لأنّهُ مبيحٌ لإتلافِ المال صيانةً لرُوحِ المُكرَه، والإكراهُ موجودٌ فيما نحن فيه، وإن لم يكن مُبيحًا فصورةُ المُبيح موجودة، فكانت شبهةً كالملك في الأختِ من الرضاعِ والأمَةِ المجوسِيّة.

والجوابُ عن الخبر أنّ حرفَ (ما) في قوله عليه السَّلام: «وَما اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، إنما يعمُّ إذا وردَ بمعنى الشَّرطِ والجزاء، وليس كذلك فيما نحنُ فيه، بل هو بمعنى «الذي» فيخصّ.

والمعطوفُ عليه وإن كان عامًّا ـ وهو الخطأُ والنِّسيانُ ـ غيرُ موجبٍ لعموم المعطوف؛ إذ لا يمتنعُ عطفُ الخاصِّ على العامِّ كما في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، معطوفًا على قوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ

---

(١) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». «نصب الراية»، ٣: ٣٣٣. وفي «سنن الدارقطني»، مرفوعًا بلفظ «ادرؤوا الحدود»، «سنن الدارقطني»، كتاب الحدود والديات وغيره، ٣٠٩٨. قال البيهقي: «في هذا الإسناد ضعف». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ١٧٠٥٩، ونحوه عند البيهقي في الحديث الموالي، بيد أنّ فيه المختار بن نافع، وهو منكر الحديث عند البخاري كما قال البيهقي، وفي «سنن ابن ماجه»، عن أبي هريرة: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعًا»، «سنن ابن ماجه»، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، ٢٥٤٥، وفي سنده إبراهيم بن الفضل المخزومي، قال الذهبي: «ضعفوه». «الكاشف» للذهبي، ١: ٢٢٠. وجاء في «سنن الترمذي»، عن عائشة بلفظ: «ادرَؤوا الحُدودَ عَنِ المُسلِمينَ ما استَطَعتُم، فَإن كانَ لَهُ مَخرَجٌ فَخَلّوا سَبيلَه؛ فَإنّ الإمامَ أن يُخطِئَ في العَفوِ خَيرٌ مِن أن يُخطِئَ في العُقوبةِ»، وفيه يزيد بن أبي زياد الدمشقي، قال الترمذي: «وهو ضعيف في الحديث». «سنن الترمذي»، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ١٤٢٤.

بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، حيثُ إنّ المعطوفَ يختصُّ ببعلِ الرجعية، والمعطوفَ عليه عامٌّ في الرجعياتِ والبوائن، ويجبُ اعتقادُ ذلك جمعًا بينه وبين ما ذكرناهُ من الدليل، وترتيبُ الحكم على الإكراهِ مع مناسبتِهِ له في كلام الشارع إنما يدُلُّ على الإيماءِ إليه أن لو لم يختلفِ الحكمُ عنه في صورة، وقد عرفت فيما إذا أُكْرِهَ على قتل أحدِ شخصينِ لا بعينِه.

وعن المعنى الأوَّلِ: بمنع وجوبِ القصاص على المكرَهِ على قولِنا.

وعن المعنى الثاني: أنّهُ منقوضٌ بالمضطَرِّ إلى الأكل، فإنّهُ يجِبُ عليهِ القصاصُ، مع أنّ حالهُ في الدّاعي إلى القتلِ مُساوٍ للمكرهِ أو أشَدّ، فإن منعوا الحكمَ في المضطرِّ فهو مَدفُوعٌ بقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا﴾ الآية [الإسراء: ٣٣]، وهو غيرُ كافٍ في التَّمَسُّكِ به في مَحَلِّ النِّزاع؛ [ب/٥] إذ هو دالٌّ على وجوبِ القصاص، وقد عُمِلَ به في المكرَه.

وعن الثالث: بمنع وجودِ الشُّبهة، ومنع انتفاءِ الحدِّ في الصور المستشهَدِ فيها بالشُّبهة، بل لانتفاءِ المقتضِي، وهو الأصل.



[١٣٣] ـ مسألة [القتل بالمثقل ضربًا على التوالي]

إذا ضربَ إنسانًا بمثَقَّلٍ كبيرٍ أو صغيرٍ مع التَّوالِي فزهَقَتْ نفسُه بذلك وجَبَ القصاصُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢]، ولهم خلافٌ فيما إذا قتله بالجارح دَقًّا[٣]، وبالمثَقَّلِ جَرْحًا[٤].

لنا أنّ القصاصَ لازمٌ لملزومٍ متحقِّقٍ في محلِّ النِّزاعِ فيَجِب.

وبيانُ ذلك: أنّ وجوبَ القصاصِ وحُرمةَ القتلِ مُجْمَعٌ عليها في القتلِ بالجارحِ، وأحدُ الحُكمَينِ ـ وهو تحريمُ القتلِ ـ ثابتٌ في محلِّ النِّزاعِ إجماعًا.

والوجهُ في التقريرِ ما سَبَقَ في المسألة التي قبلها، والاعتراضُ والانفصالُ كما سبق في مسألةِ التَّقابُض.

وتختَصُّ هذهِ المسألةُ بسؤالٍ آخر، وهو المعارضةُ بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «ألا إنّ قتيلَ العمدِ الخطأِ قتيلُ السَّوطِ والعَصا، فيه مِئةٌ من ....

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٠٨. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٧٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٥٦. «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٨٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٤٦.

(٣) قال الإسمندي: «والقتل بالحديد دقًّا عن أبي حنيفة روايتان، والأصح أنه لا يوجب». «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨٩.

(٤) قال الإسمندي: «والقتل بالمثقل جرحًا عن أبي حنيفة روايتان، والأصح أن يوجب». «طريقة الخلاف» للإسمندي، ص٤٨٩.

الإبِلِ»[1]، أخبرَ بأنّهُ عَمدٌ خطأ، وأنّهُ موجِبٌ للدِّية، والقصاصُ إنّما يجبُ بالعمدِ المحض، ومع وجوبِ الدِّيةِ فلا قِصاص.

وأمّا المعنَى فمن أربعةِ أوجُه:

الأوَّل: أنّ الدليلَ يَقتضِي تحريمَ القتلِ على ما تقرَّرَ في المسألةِ التي قبلها، إلا أنّا خالفناهُ في القتلِ بالجارح؛ لكونِهِ أفْضَى إلى زُهُوقِ النَّفْس، ولذلك كان مُعَدًّا للقتلِ والقِتالِ غالِبًا، وهو غيرُ مَوجودٍ فيما نَحن فيه.

الثّاني: أنّهُ إذا ضَرَبَهُ بالعصا الصَّغيرةِ مُتوالِيًا احتملَ حصولَ الزُّهوقِ بالضَّربةِ الأُولَى فيكونُ خَطَأً، واحتملَ حُصولَ الزُّهوقِ بما بعدها فيكونُ عمدًا، فلا يجِبُ عليهِ القصاصُ، كما لو جَرَحَهُ جراحتَينِ إحداهُما عمدًا، والأُخْرَى خطأً، فإنّ القصاصَ لا يجِبُ عليه.

الثالث: أنّ القصاصَ إمّا أن يجب بالمثَقَّلِ أو المحدَّد.

الأوّلُ ممتَنِعٌ؛ لقوله عليه السلام: «لا قَوَدَ إلا بالسَّيفِ»[2].

والثّاني ممتنِعٌ؛ لقوله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾ [غافر: ٤٠]، ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [الشورى: ٤٠].

---

(١) «سنن النسائي»، كتاب القسامة، ذكر الاختلاف على خالد الحذاء، **٤٧٩٣**. «سنن ابن ماجه»، كتاب الديات، باب دية شبه العمد مغلظة، **٢٦٢٨**. ولفظه عندهما: «ألا وإن قتيل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مئة من الإبل؛ أربعون في بطونها أولادها».

(٢) «سنن ابن ماجه»، كتاب الديات، باب لا قود إلا بالسيف، **٢٦٦٧**. قال البيهقي: «وهذا الحديث لم يثبت له إسناد؛ معلى بن هلال الطحان متروك، وسليمان بن أرقم ضعيف، ومبارك بن فضالة لا يُحتَجُّ به، وجابر بن يزيد الجعفي مطعون فيه». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الجراح، جماع أبواب القصاص بالسيف، باب فيما رُوِي ألا قصاص إلا بحديدة، **١٦٠٩٢**.

[١٠٦/أ] **الرابعُ** هو أنّ ظاهرَ القتيلِ لسلامةِ بِنْيَتِهِ الظاهرة يُشبهُ من ماتَ حَتْفَ أنفِهِ، فكان ذلك شبهةً؛ إذ هيَ مُشْتَقّةٌ من الاشتِباه، والقصاصُ حَدّ، والشُّبهةُ دارِئةٌ لهُ؛ لقوله عليه السلام: «ادْرَؤُوا الحدودَ بالشُّبُهاتِ»[١].

والجوابُ عن الخبر: أنّهُ وإن دَلَّ على أنّ قتيلَ العمدِ الخطأِ قتيلُ السَّوط والعصا، فلا ينعكِسُ كُلِّيًا مُوجَبًا، وهو أنّ كلَّ قتيلِ السَّوطِ والعصا قتيلُ العمدِ الخطأ، بل بعضُ قتيلِ السَّوطِ والعصا قتيلُ العمدِ الخطأ، ونحنُ نقولُ به، وهو ما إذا ضربه بالعصا الصغيرة.

وقوله: «فيه مئةٌ من الإبلِ»، إما أن يعودَ إلى الموضوع، وهو قتيلُ العمدِ الخطأ، أو إلى المحمول، وهو بعضُ قتيلِ السَّوطِ والعصا، وعلى كلِّ تقديرٍ ليس فيه دلالةٌ على أنّ كلَّ قتيلِ السوط والعصا فيه مئةٌ من الإبل.

وعن المعارضةِ بالمعنى الأوّل: أنّهُ منتقِضٌ بالقتلِ بالجارح.

وما ذكروهُ من المعارضةِ فيه بمنعِ زيادةِ إفضاءِ الجارحِ إلى الزُّهوقِ فإنّا نعلمُ أنّ الضربَ بحجرِ المنجنيقِ أفْضَى إلى الزُّهوقِ بالجرح بالإبرة، وإعدادُهُ للقتلِ والقتالِ مُلْغًى بالمِسَلّةِ والإشفاء.

وعن الثّاني: أنّ احتمالَ الزهوقِ بالضربةِ الواحدةِ في غايةِ البعد، وبتقدير حصوله بها إنما يكونُ خطأً بتقدير الاقتصارِ عليها، أمّا مع الموالاةِ فلا.

وعن الثالث: ما المانعُ من وجوب القصاصِ بالسَّيف؟ فلفظُ السَّبَبِيّةِ فيها مطلق، وقد عُمِلَ به في صورةٍ فلا يَبْقَى حُجّةً، وإن بَقِيَ حُجّةً فهو مُعارَضٌ

---

(١) تقدم تخريجه.

بقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا﴾ الآية [الإسراء: ٣٣].

فإنّهُ يدُلُّ على وجوب القصاص في حقِّ كلِّ مقتولٍ ظلمًا فيَندرجُ فيه مَحَلُّ النِّزاع، وقد أجمعنا على امتناعِ وجوبِ القصاصِ بالمثَقَّلِ فلَزِمَ وُجُوبُهُ بالمحدَّد.

وعن الرابع: بمنع وجودِ الشُّبهة؛ فإنّهُ لا يمكِنُ تفسيرُها بمطلَقِ الاشتِباهِ بمن لا يجِبُ به القصاص، بدليلِ ما إذا قَتَلَ مُسلِمًا في دارِ الحرب فإنّهُ يجِبُ القصاصُ بقتلِه، وإن كان مشابهًا لمن لا يجِبُ القصاصُ بقتلِهِ، وهم أهلُ الحرب.



[١٣٤] ـ مسألة [القصاص من شريك الأب في القتل]

شريكُ الأبِ في القتلِ العمدِ العُدوانِ يجبُ عليهِ القصاصُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ وجوبَ القصاصِ لازمُ ملزومٍ متحقِّقٍ في محلِّ النِّزاعِ فيجِب.

وبيانُ ذلك: أنّ ملزومَ القِصاصِ في محلِّ النِّزاع ظهورُ سبَبِهِ فيه، وقد تحقَّق، ودليلُ ذلك أنّ الصادِرَ من شريكِ الأبِ إمّا أن يكون مُساوِيًا لما صَدَرَ منهُ مع الأجنبِيّ، أو أزيدَ أو أنقص، فإن كان مساوِيًا أو أزيدَ لزم وجوبُ القصاصِ عليه؛ لضرُورة كونِهِ موجبًا له في الأصل.

أمّا على التَّقدِيرِ الأوَّل: فلِضَرُورة المساواة.

وعلى التقديرِ الثّاني: فبِطريقِ الأوْلَى.

وإنما لا يكونُ موجبًا بتقدير نقصانِهِ، وهو احتمالٌ واحِد، ولا يخفى أنّ وقوعَ احتمالٍ مِنِ احتمالَينِ أغلبُ من وقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعينه.

وإذا ظَهَرَ وجودُ السَّبَبِ لزم الحكم، فإن قيل: النُّقصانُ وإن كان واحدًا إلا أنّهُ أظهرُ؛ نظرًا إلى الدليل التفصيلي، وذلك أنا نعلمُ ضرورةً أنّ المشاركةَ مع الأجنبي أغلبُ وقوعًا من مشاركةِ الوالدِ في قَتْلِ ولدِهِ؛ لما بينَ الوالدِ والأجنبيِّ

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣١٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٨٤.

(٢) «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٣٤.

من التفاوت في الدّاعِي إلى قتل الولد.

ثم ما ذكرتموهُ منتقِضٌ بشريكِ الخاطئ، وشريكِ المجنون، والسَّبُعِ، والصَّبِيِّ، وشريكِ نفسِه، فإنّ ما ذكرتموهُ من دليلِ ظهور السَّبَبِ مَوجودٌ فيه، ومع ذلك لا يجبُ عليه القصاص.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على الوجوب، لكنَّهُ معارَضٌ بما يدُلُّ على نفيه، ودليلُهُ أنّ الشريك ليس بقاتلٍ؛ لأنّ القتلَ عبارةٌ عن الفعل المزهِق، والزهوقُ إنما حصلَ بفعل الشريكَين، ففِعْلُ كلِّ واحدٍ منهُما بعضُ القتل، لا أنّهُ نفسُ القتل، ويلزم من ذلك امتناعُ قتلِه؛ لقوله عليه السلام: «لا يحِلُّ دمُ امرئٍ مُسلمٍ إلا بإحدَى أمورٍ ثلاثة؛ كُفْرٍ بعد إيمان، وزِنًا بعد إحصان، وقتلِ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ»(١).

والشريك لم يصدُرْ منه شيءٌ من هذه الأسبابِ فلا يحِلُّ دَمُه.

والجوابُ عن السؤال الأوَّل بإلغائِهِ لمشاركةِ البنتِ في قتل أمِّها وابنِها؛ فإنّهُ مساوٍ في النُّدْرةِ لما ذكروهُ أو أندر، ومع ذلك يجِبُ به القصاص.

وعن النقضِ بالمنعِ في جميعِ الصُّوَرِ المذكورة.

وعن قولهم: إنّهُ ليس بقاتلٍ، منتقِضٌ بشريكِ الأجنبيّ.

والخبرُ فغايَتُهُ الدلالةُ على نفيِ حِلِّ دمِ المسلم إلا بعدَ وجودِ / القتل، [١٠٧/أ] وليس فيه دلالةٌ على وُجودِ القتلِ منه إلا بطريقِ الإضمار، وليس هو أوْلَى من إضمارِ تعلُّقه به، بل إضمار تعلُّقه به أوْلَى، حتى لا يكونَ إيجابُ القصاصِ على شريكهِ الأجنبيِّ مخالفًا لعموم الخبر.

---

(١) تقدم تخريجه.

[١٣٥] ـ مسألة [رجوع شهود القصاص بعد إنفاذ القتل]

شهودُ القصاصِ إذا رجعوا عن الشهادة بعد القتل وقالوا: كنّا شهودَ زور، وتعمَّدنا قتله، يجبُ عليهم القصاصُ عندنا[١]، خلافًا لهم[٢]، وكذلك الخلافُ في الوليِّ إذا رجع[٣].

لنا أنّ ملزومَ وجوبِ القصاص متحَقِّقٌ في حقِّ الشهودِ، فيجِبُ عليهم القصاص.

وبيانُ ذلك: أنّ ما صدرَ منهم من التسبُّبِ إلى القتل إمّا أن يكون مُساوِيًا للصادِرِ من المُكرَه، أو أزيدَ أو أنقص.

وتمامُ التقرير كما سبق في المسألة التي قبلها.

فإن قيل: ما ذكرتموهُ من التفسيرِ فرعُ وجودِ التَّسَبُّبِ منهم إلى القتل، وهو غيرُ مُسَلَّمٍ؛ إذِ التَّسَبُّبُ إلى القتل عبارةٌ عمّا يُفْضِي إليه غالبًا، وذلك إنما يتحقَّقُ في شهادة العدولِ دون الفسقةِ على ما لا يخفَى.

سلَّمنا وجودَ التَّسبُّبِ منهم، غيرَ أنّ احتمالَ النُّقصانِ في تسبُّبِهم وإن كان واحدًا إلا أنّهُ أظهرُ من الاحتمالَينِ المذكورَين؛ نظرًا إلى الدَّليل التَّفصِيلِيّ، وذلك لأنّ إفضاءَ الإكراهِ إلى القتل أغلبُ؛ لتوقُّفِهِ على اختيارِ المُكرَهِ لا غير،

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٧٧.

(٢) «طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٤٩٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٥١.

(٣) «المبسوط» للسرخسي، ٢٦: ١٨٢.

وتوقُّفُ الشهادةِ في الإفضاءِ إلى القتلِ على اختيارِ القاضِي والوليّ، وأنّهُ يُفْضِي إلى القتل بواسطةِ عقوبةٍ عاجلةٍ وهي القتل، وفي الشهادةِ بواسطةِ عقوبةٍ آجلة، وأنّ طمع المُكرَه يدعوهُ إلى القتل إبقاءً لمهجَتِه، والوليُّ لطلبِ الثأر، فكان التسبُّبُ من الشهود أبعدَ وأقلّ.

ثمَّ ما ذكرتموهُ منتقِضٌ بالمُمْسِكِ مع المباشِر، فإنّ ما ذكرتموهُ متحقِّقٌ في حقِّه، ولا قصاصَ عليه.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على وجوبِ القصاص، لكنَّهُ معارَضٌ بما يدُلُّ على نفيه، وبيانُهُ أنّ الصادِرَ من الشهودِ ليس بقتل، فلا يجِبُ عليهم القتلُ؛ لما ذكرناهُ في المسألةِ التي قبلها.

والجوابُ عن السُّؤال الأول: أنّا لا نَعْنِي بالتسَبُّبِ منهم سِوَى الفعلِ الصادِرِ منهم، المُفضِي إلى حكمِ الحاكم المحرِّكِ لداعيةِ الوَلِيِّ إلى القتل، كان ذلك [ب/٧] الإفضاءُ غالبًا أو نادِرًا، وسيء الغرض عليه.

وعن الثّاني: أنّ ما ذكروهُ إنما يلزمُ منهُ زيادةُ الإفضاءِ إلى القتلِ أن لو لم يكنِ القتلُ محرَّمًا على المُكْرَه، وأمّا إذا كان محرَّمًا عليه فلا؛ لكونِهِ مانعًا له من الإقدامِ على القتلِ، بخلافِ إقدامِ الحاكمِ على الحكمِ، والوليِّ على القتلِ؛ فإنّهُ غيرُ محرَّم.

وعن البعضِ بمنع وجودِ التَّسَبُّبِ في حقِّ الممسِك، فإنّا إنما نريدُ بالتسَبُّبِ القولِ المُفْضِي إلى تحريكِ داعيةِ المباشِرِ بالقتل، والممسكُ غيرُ محرِّكٍ لداعيةِ المباشِر، بل مُمكِّنٌ من القتلِ وهما غيران، ولهذا يوجِبُ الضمانَ على الشُّهودِ دون المُمسِك.

وعن المعارضة ما سبقَ في المسألةِ التي قبلها.

[١٣٦] ـ مسألة [إهدار سراية القود]

سرايةُ القوَدِ مُهدَرةٌ عندنا[1]، خلافًا لأبي حنيفةَ حيثُ قال: إنها مضمونةٌ بالدِّية[2].

لنا أنّ القولَ بالتضمينِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: بيانُ وجودِ الدليلِ أنّهُ قَتَلَ شخصًا معصومًا مضمونًا بالدِّيةِ في الجملةِ، فوجب ضمانُهُ بالدية، كما لو قطعَهُ ابتداءً خطأً وسرَىَ إلى النفس، أمّا أنّهُ قَتْلٌ فلأنه لو قطعَ ابتداءً وسرَى إلى النفسِ كان قتلًا، بدليلِ وجوبِ القصاص به، والقصاصُ لا يجِبُ إلا بالقتلِ؛ لقوله عليه السَّلام: «لا يحِلُّ دَمُ امرئٍ مُسْلمٍ»[3]، إلى آخرِه.

وإذا كان قتلًا حالةَ الابتداءِ كان قتلًا حالةَ البناء؛ لأنّ الفعلَ الحقيقيَّ لا يختلِفُ بكونِهِ ظلمًا وليس بظلم، أمّا أنّهُ قتلَ معصومًا [فـ]إنّ دليلَ العصمةِ قائم، وهو الدارُ والإسلام، وإنما تسقطُ العصمةُ في القطعِ المستحقِّ قصاصًا، والصادِرُ من الوليِّ قتلٌ لا قطعٌ؛ لما بيَّناه، وأمّا أنّهُ مضمونٌ بالدِّيةِ فالمرادُ به حالةَ قتلِهِ خطأً، وإذا ثبتَ أنّهُ قتلَ شخصًا هذا حالهُ فهو إضرارٌ به، فناسَبَ جبرَه بالضَّمان؛ ليقومَ مقامَ المفوّتِ معنى، والأصلُ شاهدٌ له بالاعتبار.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٢١. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٨٦.

(٢) «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٣٧.

(٣) تقدم تخريجه.

والجواب: أمّا دعوى العصمة إمّا أن يرادَ بها العصمةُ المؤثمة أو المقومة، لا سبيل إلى دعوى العصمة المؤثمة؛ إذ هي منتفية، ودليلُ انتفائِها انتفاءُ أثرِها وهو التحريم، ودليلُ [أ/١٠٨] انتفاءِ التحريمِ أنه لو كان ما صدَرَ من الوليِّ محرَّمًا لوجبَ عليه القصاصُ؛ لوجودِ سببِهِ، وهو القتلُ العمد العدوانُ؛ فإنّهُ مناسِبٌ له، والشاهدُ له بالاعتبارِ ما لو قَطَعَهُ ابتداءً وسرَى إلى النفس، والعصمةُ المقومة إما أن يُدَّعَى ثبوتها بالنسبة إلى الولي أو غيره.

الأوّل: دعوَى محلِّ النِّزاع.

والثّانِي: منقوضٌ باستيفاءِ القصاصِ في النَّفس.

سلَّمنا الأوصاف، غيرَ أنّ ما ذكرتموهُ إنما يكونُ مناسِبًا للديةِ أن لو لم يلزمْ منهُ مفسدةٌ في حَقِّ المستَحِقِّ للقصاصِ في الطَّرَف.

وبيانُ لُزُومِ المفسدة: أنّهُ إذا عُلِمَ وجوبُ الديةِ عليهِ بتقديرِ السِّرايةِ فقد يمتنع عن استيفاءِ مُستحقِّهِ من القطع؛ حذرًا من فواتِ مالِ الديةِ عليه؛ فإنّهُ إضرارٌ في حقِّه، وليس من المناسب دفعُ الضرر عن أحدِ المعصومين وإلزامُهُ للآخرِ إلا أن يكونَ دفعُ الضَّرَر فيما ذكروهُ راجِحًا، وليس كذلك؛ لما فيه من دفعِ الضررِ عن الجاني وإلزامِه المجنيَّ عليه، والأوْلَى أن يكونَ بالعكس.

ولأنّ ما ذكروهُ لا تتحقَّقُ المناسبةُ فيه بتقدير أن يكونَ ما عارضَهُ من المفسدةِ راجحًا عليهِ أو مُساوِيًا له، وإنما تتحقَّقُ مناسبتُهُ بتقدير رجحانِه، ولا يخفى أنّ وقوعَ احتمالٍ منِ احتمالَينِ أغلبُ من وقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعينِه.



[١٣٧] ـ مسألة [استبداد الكبير بالقصاص المشترك بينه وبين الصغير قبل بلوغه]

القصاصُ الثابِتُ بين صغيرٍ وكبيرٍ يحرمُ على الكبير أن يستَبِدَّ باستيفائهِ قبل بلوغِ الصَّغِيرِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

لنا أنّ العلةَ الموجِبةَ لتحريم الاستيفاءِ فيما إذا كان القصاصُ ثابتًا بين بالغَينِ وأحدُهُما غائبٌ والآخرُ حاضرٌ إن لم تكن موجودةً في محلِّ النزاعِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحكم.

وما يتعلقُ بالقصور بالاعتراض والانفصال فقد عُرِفَ جوابه مرارًا فيما سبق.

وتختصُّ هذه المسألةُ بالمعارضة في الفرع بالإجماع والمعنى؛ أمّا الإجماعُ فهو أنّ الحسنَ بن عليٍّ ـ كرَّمَ الله وجهَهُ ـ قتلَ قاتلَ أبيه، وأخوهُ العبّاسُ[٣] كان صغيرًا، واشتَهَرَ ذلك فيما بين الصحابة، ولم [ب/١٠٨] يُوجدْ له نكيرٌ فكان إجماعًا.

وأمّا المعنى: فهو أنّ القصاصَ فهو إمّا أن يكون حقَّهُ بصفةِ الكمال أو

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣١٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٢٧٩.

(٢) «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٤٨.

(٣) يلقب بالسقّاء بسبب دوره وبلائه الحَسَن في سَقي الحسين ورجاله يوم كربلاء، قُتل العباس ابن علي مع أخيه الحسين وآل بيتهم شهداء مظلومين رضي الله عنهم في وقعة كربلاء. «الأخبار الطوال» للدينوري، ص٢٥٧.

بعضه، فإن كان الأوَّلَ وجبَ أن يتمكن من استيفائِه؛ تحصيلًا لحقِّه، ودفعًا للضررِ عنه، كما لو كان منفردًا، وإن كان مستحَقُّه البعض فباستيفائِهِ إما أن لا يكون مفوِّتًا لحقِّ الصغير، أو هو مُفَوِّتٌ له.

فإن كان الأول وجب أن يتمكَّنَ من الاستيفاء؛ تحصيلًا لحقِّهِ وخلُوِّهِ عن المعارِض.

وإن كان الثّاني فكما يلزمُ من الاستيفاء فواتُ حقِّ الآخر، فيلزمُ من التأخير إلى بلوغ الصغير ـ على وجهٍ لا يتمكَّنُ من حبسِهِ الجاني؛ لكونِ الحقِّ مؤجلًا ـ احتمالُ فواتِ الحقَّينِ ظاهرًا؛ نظرًا إلى احتمالِ موتِ الجاني أو هربِهِ إلى حيثُ لا نظفرُ به، ولا يخفى أنّ التزامَ محذورِ فواتِ أحدِ الحقَّين؛ دفعًا لاحتمالِ فواتِ الحقَّينِ ظاهرًا أوْلَى من العكس، وخرجَ على ما ذكرناهُ ما إذا كان أحدُ الشريكَينِ البالغَين غائبًا، فإنّ الحاضرَ لا يتمكَّنُ من الاستيفاء؛ لاحتمالِ سقوطِ الحقَّينِ بعفوِ الغائب؛ تحصيلًا للثواب، وطمعًا في مال الدية، وهذا احتمالٌ مُنتفٍ فيما نحنُ فيه.

والجوابُ عن الإجماعِ على جوازِ القتل يُمنع بصورة، وذلك لأنّ حمزة كان بالغًا غائبًا، وهو من الورثة، والإجماعُ منعقِدٌ على امتناع الاستيفاءِ مع غَيْبَةِ بعضِ الوُرّاثِ إذا كان بالغًا قطعًا، والإجماعُ فيما ذكروهُ ظَنِّيٌّ إن كان، فلا يعارِضُ الإجماعَ القاطعَ[1].

وعن المعنى؛ أنّهُ يلزمُ على ما ذكروهُ الحاضرُ مع الغائب.

---

(١) قال الشيرازي: «يحتمل أنه قتله بكفره؛ لأن ابن ملجم كان من الخوارج، وكان يستحل دمه، ومن استحل دم مسلم صار كافرًا، أو قتله لسعيه في الأرض بالفساد لقتله الإمام». «النكت» للشيرازي، ٢: ٣١٥.

وما ذكروهُ منِ احتمالِ العفو من الغائبِ غيرُ صحيح، فإنّا نفرِضُ الكلامَ فيما إذا بادرَ الحاضرُ إلى الاستيفاءِ عقيبَ القتلِ من غير تخَلُّلِ فاصل، وعند ذلك فالعفوُ من الغائبِ إمّا قبل صُدورِ القتلِ من الجاني عقيبَ القتلِ في حالةِ استيفاءِ الحاضر، أو بعدَ الاستيفاء.

الأوّل: لا تأثيرَ له كان معلَّقًا أو مُنْجَزًا، وكذلك إن كان بعد الاستيفاء، وإن كان مع الاستيفاء فسببُهُ لفظُهُ للتحريم إنما يكون عند تمام لفظه بالعفو، فلا يكونُ موجبًا لتحريم ما هو متقدِّمٌ على الحكم بالسَّبَبِيّة، وإن كان ذلك موجِبًا للتحريم فيلزمُ من ذلك التحريمُ في محلِّ النزاع؛ لاحتمالِ بلوغِ الصبيِّ في حالةِ الاستيفاءِ بالاحتلام، وعفوُهُ لا محيصَ عنه. [١٠٩/أ]



[١٣٨] ـ مسألة [قتل مستوجب القصاص الملتجئ للحرم]

إذا قَتَلَ قتلًا موجِبًا للقصاص والتجأ إلى الحرم فقتَلَهُ الوليُّ في الحرم، أو أخرجهُ منه وقَتَلَهُ؛ لا يَسْتَلِزمُ ذلك الحرمةَ في حقِّهِ[١]، خلافًا لهم[٢].

لنا أنّ القولَ بالحرمة يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ الحرمةِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩١]، و«عند» للحضرة، والحرمُ قريبٌ من المسجدِ الحرام، فكان متناوِلًا له، والنَّهيُ ظاهرٌ في التَّحريم، ويَلزمُ من التَّحريم هاهنا التحريمُ فيما فرضتمْ فيه الكلامَ؛ ضرورةَ أن لا قائلَ بالفرق.

وقولُهُ تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾ [آل عمران: ٩٧].

فيندرجُ فيه محلُّ النِّزاع، فلو لم يَقْضِ بالحرمةِ عند التجائِهِ لما كان آمِنًا.

وأمّا المعنى؛ فهو أنّ دخولَ الحرم بطريقِ الالتجاءِ إليه يُناسِبُ تحريمَ القتل؛ نفيًا لهتكِ حرمةِ الحرم بقتلِ مَن التجأ إليه معظِّمًا له بقصدِ صيانتِهِ به إعظامًا للحرم؛ لتأكُّدِ عظمتِهِ في القلوب ووقعِهِ في النُّفوس؛ ليزدادَ الحدُّ في

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٢٢.

(٢) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٠٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٦٠.

زيادتِهِ تحصِيلًا للثَّوابِ الجزيل، وأصلُهُ صيدُ الحرم، وهذا بخلاف ما إذا أنشَأ القتلَ في الحرم، فإنَّهُ يكونُ هاتِكًا لحرمةِ الحرمِ لا معظِّمًا له، فلِذلِكَ أُبيحَ دَمُه.

والجوابُ عن الآيةِ الأُولَى: معارضتُها بقوله تعالى: ﴿وَٱقۡتُلُوهُمۡ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [النساء: ٨٩]، وهو وإن تَناوَلَ الحرمَ بعمومه، وآيتُهُمْ خاصّةٌ بالحرم، غيرَ أنّ ما ذكرناهُ أمْر، وهو يدُلُّ على نفي التحريم قطعًا، والنهيُ في آيتهم يدلُّ على التحريم ظاهرًا، وإذا تعارَضَ النَّصّانِ سَلِمَ لنا ما ذكرناهُ أولًا.

وعن الآيةِ الثانية: أنّها معارَضةٌ بقوله عليه السلام: «الحرمُ لا يُعِيذُ عاصِيًا/ ، ولا فارًّا بدَمٍ»[1].

وهو وإن كان آحادًا وآيتُهُم مُتواتِرةٌ إلا أنّهُ يَتناوَلُ محلَّ النزاعِ بخصوصِهِ بخلافِ الآية.

وعن المعارضةِ بدخول الحرم؛ أنّهُ إنما يكونُ مناسبًا للتحريم أن لو لم تلزمْ منه مفسدةُ تأخيرِ حقِّ الوليِّ من استيفاءِ القصاصِ لا إلى غايةٍ معلومة، ولا يخفَى اختلالُ ما ذكرناهُ من المناسبةِ بتقديرِ مساواةِ المفسدةِ المعارِضةِ لها وترجيحِها عليها، وإنما لا يختَلُّ بتقدير أن تكونَ المفسدةُ مرجوحةً، ووقوعُ احتمالٍ من احتمالَين أغلبُ من وقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعينِه.

كيف وأنّ المحافظةَ على حقِّ الآدميِّ أوْلَى من المحافظة على حُرمةِ الحرم؛ حقِّ الله تعالى؛ لقصورِ الآدميِّ بفوات حقِّهِ بخلاف الرَّبِّ تعالى؟ ولهذا لو اجتمع

(١) «صحيح البخاري»، كتاب المغازي، باب ٤٢٩٥. «صحيح مسلم»، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخَلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام، ١٣٥٤.

قَطْعانِ؛ أحدُهُما حقُّ الآدميِّ كالقطع قِصاصًا، والآخرُ حقُّ الله تعالى كالقطع في السَّرِقةِ، فإنّهُ يُقدَّمُ حقُّ الآدمي، وله نظائرُ كثيرة.

سلَّمنا المناسبةَ والاعتبارَ، غير أنّهُ منقوضٌ بقاطع الطُّرُقِ إذا التجأ ومنَعَه، وليس مذهبًا لأبي حنيفة، وليس لأنه من الحقوق الماليّةِ، وإلا لَما جرَى فيه القصاص.



[١٣٩] ـ مسألة [تقويم جنين الأمة]

جنينُ الأمةِ يُعتبرُ الواجبُ فيه بعُشرِ قيمة أمِّهِ عندنا[١]، وعند أبي حنيفة يُقَدَّرُ منفصِلًا ويقوَّم، فإن كان ذَكَرًا فيجِبُ فيه نصفُ عُشرِ قيمته[٢].

ومأخذُ الخلافِ من الجانبَين أنّ الشارعَ أوْجَبَ في الجنين الحرِّ خمسًا من الإبل، ونسبتُها من ديةِ أُمِّهِ ـ وهي خمسون ـ بالعُشْر، ونسبتُها من دِيَتِهِ بتقدير الانفصال إن كان ذَكرًا بنصفِ العُشر، وإن كان أُنثَى بالعُشر.

فنحنُ اعتبرنا نسبتَهُ إلى ديةِ الأمّ، والخصمُ اعتبرَ نسبتَهُ إلى ديةِ نفسِه.

لنا أنّ جَعْلَ الواجبِ عُشرَ قيمةِ الأمِّ أحدُ النوعَين المتَّفَقِ على حصرِ الوسيلةِ المُفضِيةِ إلى مقصودِ جبرِ الجنين منهما، وقد ترجَّحَ على مقابِلِهِ فيَتعيَّن.

أمّا الدَّعوَى الأُولَى فظاهِرة، وذلك لأنّا نقول بأنّ الوسيلةَ إلى ذلك جَعْلُ الواجب عُشرَ قيمةِ الأمِّ، فإنّهُ مناسِبٌ جبرًا للجنين، والحكمُ / ثابتٌ على وَفْقهِ [أ/ ١١٠] في الجنين الحرّ، والخصمُ يقولُ: إنّ الوسيلةَ إلى ذلك جَعْلُ الواجبِ نصفَ عُشرِ قيمةِ الجنين بتقديرِ انفصالِهِ إذا كان ذَكَرًا، وعُشرَ قيمتِهِ إن كان أنثَى، فإنّهُ مناسِبٌ جبرًا للجنين، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِهِ في الحرِّ، فكلُّ واحدٍ منهما مناسِبٌ معتبَر، والإجماعُ منعقِدٌ على امتناعِ الخروجِ عنهُما.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٠١.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١١: ٥٧٧٩.

وأمّا الدَّعوَى الثانية: فهو أنّ ما ذكرناهُ أفْضَى إلى تحصيلِ مقصودِ الجبر؛ لسهولةِ الاطِّلاعِ على قيمةِ الأُمّ، ويبعدُ ذلك في معرفةِ قيمةِ الجنين بتقديرِ انفصالِه؛ لعُسْرِ الوقوفِ على صفاتِهِ المعتبرة في التقويم عند انفصالِهِ في مبدأ التصويرِ والتَّخطيط، والجهل بذكورته وأنوثتِه المعتبرةِ في إيجاب العُشرِ أو نصفِ العُشر.

وبتقديرِ انفصاله سليمَ الأعضاء كاملَ الصورة فلِعُسْرِ الوقوف على سلامةِ القوَى ودقائقِ الحُسْنِ والملاحةِ المعتبرة في زيادةِ القيمة ونقصانِها.

فإن قيل: بل الترجيحُ لما ذكرناه، وذلك لأنّ الضمانَ واجبٌ في مقابلة الجنين جبرًا له، وإنما يتحقَّقُ جبرُهُ بتقويمِ صفاتِه، فكان ذلك مناسِبًا، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِهِ فيما بعدَ الانفصال.

قلنا: إنما يكون ذلك مناسِبًا إذا أمكنَ الوقوفُ على صفاته المعتبرة في التقويم، وليس كذلك على ما سَبَق، بخلاف ما بعدَ الانفصال، ثم لو كان الجنينُ الرقيقُ معتبرًا بنفسِهِ لكان الجنين الحرُّ كذلك؛ إذ هو الأصل، وكان يلزمُ منه التفرقةُ بين الذكرِ والأنثى في الواجب في مقابلتهما، وذلك خلافُ الإجماع، ودليلُهُ اتحادُ الواجبِ فيهما، وهو خمسٌ من الإبل.



[١٤٠] ـ مسألة [الكفارة في القتيل العمد الموجب للعدوان]

القتلُ العمدُ العدوانُ موجِبٌ للكفّارةِ عندنا، خلافًا[١] لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على وجوبِ الكفارةِ في القتلِ الخطأ والقتلِ بالمثقَّل.

لنا أنّ علّةَ وجوبِ الكفارة في القتلِ بالمثقَّلِ إن لم تكن موجودةً في محلِّ النِّزاع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً لزِم الحكم.

واعلم أنّ كلَّ ما يَتَّجِهُ على قصورِ العلّةِ ووجه الانفصالِ عنهُ فقد عرفناهُ فيما تقدَّم فلا حاجةَ إلى إعادتِه.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ في الفرع بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ تعالى: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا ﴾ [النساء: ٩٣]، ووجهُ الِاحتجاجِ بالآيةِ أنّهُ جعلَ الخلودَ في النّارِ جزاءً على القتلِ العَمْد، والجزاءُ مما فيه كفاية، وذلك يَنفي شرعَ الكفّارة.

وأمّا المعنى فهو أنّ القتلَ العمدَ العدوانَ كبيرة، والكفارةُ عبادةٌ؛ لأنّها مأمورٌ بها فكانت عبادةً؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ ﴾ [البينة: ٥].

وأنّ الصَّومَ عبادة، وقد شُرِعَ في الكفّارةِ بدلًا عن العتق، وإذا كان البدلُ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٤٦.

(٢) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٥٠٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٦٧.

عبادةً فالمُبدَلُ أَوْلَى، وأنّ النيةَ معتبرةٌ فيها، وهي من خواصِّ العبادة، ويلزمُ من ذلك أن لا تكونَ الكبيرةُ سببًا للعبادةِ وإلا لما حُرِّمَتْ؛ لأنّ التحريمَ مُفْضٍ إلى التقليل وسبب العبادة، ولا يستغنى في تقليله.

والجوابُ عن الآية: أنها مخصَّصةٌ بالأصل، فإنّ الكفّارةَ واجبةٌ فيه مع القطعِ بوجودِ العمدِيّةِ والعُدوانِيّةِ فيما إذا خَنَقَه، وحَرَقَهُ بالنّار، وقتلهُ بحجرِ المنجنيق.

والمعنى الموجِبُ للكفّارة في الأصل مُتَحَقِّقٌ في الفرع على ما وقع به الغرض.

وعن المعنى: أنّهُ باطلٌ بوجوب الكفّارةِ في الأصلِ مع أنّهُ كبيرة.



[١٤١] ـ مسألة [قتل المرتدة]

المرتدّةُ يجب قتلُها عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على وجوبِ القتلِ في رِدّةِ الرَّجُل.

لنا أنّ علّةَ وجوبِ القتل في الأصل موجودةٌ في الفرع فيَثبُتُ الحكمُ؛ لأنها لو لم تكن موجودةً في الفرعِ لزِمَ القصورُ المبطلُ وهو ممتنع، وقد عُرِفَ كلُّ ما يَرِدُ على القصورِ وجوابه.

وتختصُّ هذه المسألةُ بالمعارضة في الفرعِ بالنَّصِّ والمعنى؛ أمّا النَّصُّ فقوله عليه السلام: «نُهِيتُ عن قتلِ النِّساءِ»[٣].

وقوله لخالد: «لا تَقْتُلِ امرأةً ولا عَسِيفًا»[٤].

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٥٤. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣١٠.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١١: ٥٨٤٢. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٦١، ص٤٨٠. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٤٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٤٨.

(٣) لم أقف على هذا اللفظ، وفي «صحيح البخاري»، عن ابن عمر: وُجِدَت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول الله ﷺ، «فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان»، «صحيح البخاري»، كتاب الجهاد والسير، باب قتل النساء في الحرب، ٣٠١٥. «صحيح مسلم»، كتاب الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب، ١٧٤٤.

(٤) «سنن أبي داود»، كتاب الجهاد، باب في قتل النساء، ٢٦٦٩.

فَيَندرِجُ فيها محلُّ النِّزاع.

وأمّا المعنى؛ فهو أنّ المرأةَ لأنوثتِها وضعفِها مظِنّةُ المرحمة، وذلك يُناسِبُ تحريمَ قتلِها، والشاهِدُ له بالاعتبارِ الكافرةُ الأصلِيّة.

والجوابُ عن النُّصوصِ معارضتُها بقوله عليه السَّلام: «مَن بَدَّلَ دينَهُ فاقتُلُوهُ»[١].

وحرفُ «مَنْ» ظاهرٌ في تناولِهِ للرِّجالِ والنِّساء؛ بدليلِ ما لو قال: مَن دخلَ دارِي من مماليكِي فهو حُرّ؛ فإنّهُ يتناولُ النِّساء.

ومخالفة الرّاوِي لهذا الحديثِ ـ وهو ابنُ عَبّاسٍ ـ لا يَقدَحُ في صحَّتِهِ[٢]؛ لما عُرِفَ في مسألةِ خيارِ المجلس، وإذا تعارضتِ النصوصُ سَلِمَ لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

كيف وأنّ الترجيحَ لخبرنا؛ لأنّهُ أخصُّ بمحلِّ النِّزاع، وأنه يدلُّ على الإباحةِ للقتل قطعًا؟

وما ذكروهُ يَدُلُّ على التحريم ظاهرًا، أو أنه غيرُ مخصَّصٍ بالإجماع، بخلاف ما ذكروهُ؛ فإنّهُ مخصَّصٌ بالزّانِيةِ والقاتِلةِ وغير ذلك، وأنّهُ أكثرُ فائدةً لتعريفِهِ الحكم، والتَّنبيهِ على عِلَّتِهِ بخلافِ ما ذكروه.

(١) «صحيح البخاري»، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، ٦٩٢٢.

(٢) روى مخالفة ابن عباس لروايته هذه ابن أبي شيبة في «مصنفه»: «لا يقتلن النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام، ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام فيُجبَرن عليه». «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الحدود، في المرتدة، ما يصنع بها، ٢٨٩٩٤.

وعن المعارضةِ بالمعنَى: معارضَتُهُ في الأصلِ باستحقاقِ واسترقاقِ المسلمين لها والانتفاعِ بها، فإنّهُ مناسِبٌ لتحريم قتلِها؛ محافظةً على ما يَتَعَلَّقُ بها من مقصودِ الاسترقاق، ولم يوجدْ ذلِكَ في محلِّ النِّزاع.



[١٤٢] ـ مسألة [أمان العبد المحجور عليه]

أمانُ العبدِ المحجُورِ عليهِ صحيحٌ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على صحّةِ أمانِ الحرِّ والعبدِ المأذُون.

لنا أنّ علةَ الصِّحّةِ في الأصلِ إمّا أن تكونَ موجودةً في الفرع أو لا وجودَ لها فيه؛ فإن كانت موجودةً فيه لزم الحكم، وإن لم تكن موجودةً كانت قاصرةً باطلةً، إلا أنّ ما يردُ على القصور وجوابه فقد عُرِفَ فيما تقدَّم.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ في الفرع بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدٗا مَّمۡلُوكٗا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ﴾ [النحل: ٧٥]، نَفَى قدرَتَهُ على شيءٍ ما، وإنما أرادَ به نَفْيَ القدرةِ الشَّرعيةِ لا القدرةِ الحقِيقِيّة؛ لتحَقُّقِها، فيندرِجُ فيه محلُّ النِّزاع.

وأمّا المعنى فمن وَجهَين:

الأوَّل: أنّهُ يَلزمُ من صحّةِ أمانِهِ دون إذنِ السَّيِّدِ له فواتُ حقِّ الاسترقاقِ عليه، وتفويتُ منافعِهِ المستحَقّةِ للسَّيِّدِ في مدّةِ النظرِ، وهو إضرارٌ به، وهو منفيٌّ بقوله عليه السَّلام: «لا ضررَ ولا ضرارَ في الإسلام»[٣]، وهذا بخلافِ

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣١٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٦٥. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٥١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٤٢.

(٣) تقدم تخريجه.

أمانِ الحرِّ والمأذُون.

الثاني: أنّ الأمانَ ولايةٌ؛ لما فيه من تنفيذِ قوله على سائرِ المسلمينَ، فلا يثبتُ [ب/١١١] للعبد الذي ليس بمأذونٍ كسائر الولاياتِ الدينيّة.

والجوابُ عن النَّصّ أنّهُ ضرب مثلًا، وذلك يَستدعِي أن يكون معقولًا إلا أن يكونَ موجودًا.

وعن المعنى الأوَّل أنّهُ لا بُدَّ من شاهدٍ بالاعتبار.

والنَّصّ؛ فمشتركُ الدَّلالة للُزُومِ الضررِ بإبطالِ تَصَرُّفِ العبد، وتضييعِ ما ظهرَ لهُ من المقصُود، وليس دفعُ أحدِ الضَّرَرينِ أوْلَى من الآخَر، فلا بُدَّ لهم من الترجيحِ على أنّ الترجيحَ لما ذكرنا؛ دفعًا للتَّعارُضِ بينَ المانع والمقتضي في الفرع، فإنّهُ خلافُ الأصل.

وعن المعنى الثاني نقضُهُ بأمانِ المأذُون.



[١٤٣] ـ مسألة [رجم الثيب اليهودي والنصراني الزاني]

اليهوديُّ والنصرانيُّ إذا كان مكلَّفًا حرًّا ثيِّبًا وزَنا يُرجَمُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على رَجْمِ المسلم إذا كان بهذه الصفات، وعلى التَّسوِيةِ بين البِكرَينِ[٣] في الجلد.

لنا أنّ جنايةَ الكافر إمّا أن تكون مُساوِيةً لجنايةِ المسلم، أو أزيدَ أو أنقص، لا جائزٌ أن تكونَ أنقص، وإلا لما سُوِّي بينهُما في الجَلْد؛ لما فيه من إلغاء صفةِ الرُّجحان في جنايةِ المسلم مع مناسبتِها وثبوتِ الحكم على وَفْقها، وإن كانت مساويةً أو أزيدَ لزم الاشتراكُ بينهما في الحكم؛ ضرورةَ الاستواءِ بينهُما في المستدعى على أحدِ التقديرَين، وبطريقِ الأولى على التقديرِ الآخر.

فإن قيل: ما ذكرتموهُ معارَضٌ في الفرع بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]، فيَندرِجُ فيه محلُّ النِّزاعِ، غيرَ أنّهُ قد خُصَّ في المسلمِ فيبقَى حُجّةً في غيره بالإجماع من الفريقَينِ، إلا أن يُوجَدَ في الفرع ما به خُصَّ العموم، والأصلُ عَدَمُه.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣١٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٨٩. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٩٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٨٧.

(٣) أي: البكر المسلم وغير المسلم.

وأيضًا قولُهُ عليه السلام: «مَنْ أَشْرَكَ باللهِ فليسَ بمُحْصَنٍ»[١].

وأمّا المعنَى فمن وجهَين:

الأوَّل: هو أنّ الرجمَ إنما شُرِعَ تطهيرًا؛ بدليل ما رُوِيَ أنّ ماعِزًا[٢] جاء إلى النَّبيِّ ﷺ، وقال: «زَنَيْتُ فطَهِّرْني»، وأراد به عن أثَرِ الزِّنا المذكور، والنبي ﷺ «لم يُنكِرْ عليهِ ذلِكَ، وأقَرَّهُ عليهِ»[٣].

[١١٢/أ] ولو لم يكُن تَطهِيرًا لما أقَرَّهُ عليه، والكافرُ ليس من أهل التطهيرِ بالحدّ؛ فإنّ طريقَ التطهيرِ به أن يُثابَ عليه؛ ليَقَعَ في مُقابلةِ ما لَزِمَهُ من إثمِ الجنايةِ، فيتساقطان[٤] على ما قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ﴾ [هود: ١١٤]، والكافرُ ليسَ من أهلِ الثَّواب.

الثّاني: أنّ الرجمَ عقوبةٌ يُشترَطُ فيها أصلُ الدِّينِ، فاشتُرِطَ فيها كمالُهُ لحَدِّ القذف.

وتقريرُه: أنّ اعتبارَ أصلِ الدِّينِ إنما كان لأنّهُ نعمة، ومقابلةُ النعمةِ بالجنايةِ مناسِبٌ للعقوبة، وكمالُ هذه النِّعمةِ بالإسلام، فكان أيضًا مُناسِبًا، واعتبارُهُ بالأصلِ المذكور.

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب الحدود والديات وغيره، ٣٢٩٥، قال الدارقطني بعده: «ولم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عنه، والصواب موقوف [على ابن عمر]».

(٢) ماعز بن مالك الأسلمي، له صحبة، هو الذي أصاب الذنب ثم ندم، فأتى رسول الله ﷺ فاعترف عنده، وكان مُحصَنًا، فأمر به رسول الله ﷺ فرُجِم، وقال ﷺ: «لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أمتي لأجزت عنهم». «الطبقات الكبرى» لابن سعد، ٤: ٣٢٤.

(٣) «صحيح مسلم»، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٦٩٥.

(٤) ورد في المخطوط: «فتناقطان»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

والجوابُ عن الآية: أنها قد خُصَّتْ بالمسلمِ لمَعنًى، وقد بَيَّنّا مشاركةَ الفرعِ له في ذلك المعنى.

وعن الخبر بمعارضتِهِ بما رُوِيَ عن النبي ﷺ «أنّهُ رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ وكانا مُحصَنَيْنِ»[١].

وعن المعنَى الأوَّلِ والثّانِي أنّهُ مُنتَقِضٌ بالجلد، فإنّهُ واجبٌ على البكرِ الكافر، وكلُّ ما يذكرونَهُ في جوابِهِ فهو جوابُهُ في الرَّجم.



---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الحدود، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ورُفِعُوا إلى الإمام، ٦٨٤١. «صحيح مسلم»، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، ١٦٩٩. وفي صحيح ابن حبان عن ابن عمر أن النبي ﷺ «رجم يهوديين قد أحصنا»، فصرحت هذه الرواية بإحصانهما. «صحيح ابن حبان»، باب الزنى وحده، ذكر الخبر المدحض قول من نفى عن أهل الكتاب الإحصان، ٤٤٣٢.

[١٤٤] ـ مسألة [حد اللائط]

اللِّواطُ مُوجِبٌ للحدِّ عندنا على ما هو تفصِيلُهُ في الزِّنا على القولِ المنصورِ في الخِلافِ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ فإنّهُ قال: يُحْبَسُ إلى أن يتوبَ أو يموتَ[٢].

لنا أنّ علّةَ وجوبِ الحدِّ في الوطءِ في القُبُلِ إن لم تكن موجودةً في اللِّواطِ كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانتْ موجودةً فيه لزِمَ الحدّ.

فإن قيل: إنما نُسَلِّمُ بطلانَ القاصِرة إذا لم تكن منصوصةً، والعِلّةُ في الوطءِ في القُبُلِ مسمَّى الزنا، وهو منصوصٌ عليه بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، رَتَّبَ الشّارعُ الحدَّ على مُسَمَّى الزِّنا بفاءِ التَّعقيبِ في كلامِهِ، فكان ذلك إيماءً منهُ إلى التَّعلِيلِ به.

سلَّمنا عدمَ التَّنصِيص، ولكن إنما يلزمُ القصورُ أن لو لم تكن موجودةً في فرعٍ آخر، فلِمَ قُلْتُم بعدمِهِ؟

سلَّمنا وجودَ علّةِ الأصلِ في الفرع، غيرَ أنّها مُعارَضةٌ بقوله عليه السَّلام: «لا يحلُّ دمُ امرئٍ مُسلِمٍ إلا بأحدِ أمورٍ ثلاثة؛ كُفْرٍ بعدَ إيمان، وزنًا بعدَ إحصان، وقتلِ نفسٍ بغيرِ حَقٍّ»[٣].

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٢٧.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٨٦. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٠١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٩٣.

(٣) تقدم تخريجه.

واللائِطُ لم يوجدْ منهُ شيءٌ من هذه الأسبابِ فلا يَحِلُّ دَمُه.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّهُ وإن كان مُسمَّى الزِّنا هو أنّ العلةَ في الأصلِ وهو منصوصٌ، فهو موجودٌ في الفرع، فيلزَمُ منه الحدّ، ودليلُ ذلك قوله عليه السَّلام: «إذا أتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فهُما زانِيانِ»[١].

فإن قيل: إطلاقُ اسمِ الزِّنا في الأصلِ حقيقةٌ بالاتِّفاق، وفي الرفعِ مجاز، فلمْ يَكُنْ مُسَمَّى الزِّنا في الأصلِ مَوْجُودًا في الفرع.

وبيانُ كونِهِ في الفرعِ مجازًا أنّهُ يُسَمَّى لواطًا، والأصلُ عند اختلافِ الأسماءِ اختلافُ المسَمَّيات، فإنّهُ يَصِحُّ أن يُقالَ: زَنا ولم يَلُطْ، ولاطَ ولم يَزْن، ولو اتَّحَدَ المسمَّى لما صَحَّ ذلك، فإنّ الصَّحابةَ[٢] اختلفُوا في حُكْمِ اللواط؛ فمنهُم مَن قال: يُعَزَّرُ[٣]، ومنهم مَن قال: يُحْبَسُ[٤]، ومنهم مَن قال: يُحَدُّ[٥]،

---

(١) «المعجم الأوسط» للطبراني، باب العين، من اسمه علي، ٤١٥٧. قال ابن حجر: «فيه بشر بن الفضل البجلي وهو مجهول». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ١٧٠٣٣. قال ابن حجر: «فيه محمد بن عبدالرحمن القشيري، كذَّبَهُ أبو حاتم، ورواه أبو الفتح الأزدي في «الضعفاء»، والطبراني في «الكبير» من وجه آخر عن أبي موسى، وفيه بشر بن الفضل البجلي، وهو مجهول، وقد أخرجه أبو داود الطيالسي في «مسنده» عنه». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٤: ١٥٩.

(٢) لم أقف على نسبة كل قول من هذه الأقاويل إلى الصحابة كما سترى في عَزو هذه الأقوال.

(٣) قال القنازعي: «والثالثة: أنه يُضرَب دون الحد، وهو قول الحكم بن عتيبة، ولا أعلم أحدًا قاله قبل الحكم بن عتيبة إلا الرواية عن إبراهيم، وأصح الروايات فيه عن إبراهيم أنه كالزاني». «الاستذكار» لابن عبدالبر، ٧: ٤٩٤.

(٤) وهو قول أبي حنيفة. «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، ٦: ١٦٩.

(٥) فإن كان بكرًا جُلِد، وإن كان ثَيِّبًا رُجِم، وهو قول عطاء، والحسن البصري، والنخعي، وسعيد بن المسيب، وقتادة، والشافعي، وأبي ثور. «الإشراف على مذاهب العلماء» =

ومنهُم مَن قال: يُقتلُ[١]، ولو كان مُسَمَّى الزِّنا حقيقةً فيه مع كونِهِ مَنصُوصًا عليه لَما اختلفُوا فيه.

قلنا: لا نُسَلِّمُ التَّجوُّزَ؛ إذِ الأصلُ في الإطلاق الحقيقة، واختلافُ الاسمِ لا يَدُلُّ على أنّ مُسَمَّى اللواطِ ليسَ بزِنًا؛ لكونِهِ نوعًا من الزِّنا، واسمُ الأعمِّ وإن كان مُغايرًا لاسمِ الأخَصِّ فلا يخرجُ بذلك عن أن يكونَ حقيقةً في الأخَصّ، ويجبُ اعتقادُ ذلك؛ نفيًا للاشتراكِ والتَّجوُّزِ عن إطلاقِ اسمِ الزِّنا؛ لكونِهِ على خلافِ الأصل، وعلى هذا فلا نُسَلِّمُ صِحّةَ نَفْيِ الزِّنا عن اللواط، وأن يَصِحَّ نفيُ اللواطِ عن الزِّنا.

ومن قال من الصَّحابةِ بنفيِ الحدِّ عن اللواطِ فهو معارضٌ بقولِ مَن قالَ بوجوبِ الحدِّ فيَتَساقطان، ويَبقَى ما ذكرناهُ من دليلِ كونِهِ زِنًا بحالِه.

وعن السُّؤالِ الثّاني: أنّ الأصلَ عدمُ فرعٍ آخر.

وعن المعارضةِ بالخبر: لا نُسَلِّمُ أنّ اللائِطَ لم يوجد منه شيءٌ من الأسبابِ المذكورةِ؛ فإنّهُ قد وُجِدَ منهُ الزِّنا على ما بيَّناه.



= لابن المنذر، ٣: ٢٦. وانظر أيضًا ذم اللواط، للآجري، ص٦٤.

(١) مذهب أبي بكر وابن الزبير القتل بالنار، ويرى علي وابن عباس قتله رجمًا بالحجارة، وبه قال جابر بن زيد، والشعبي، وربيعة، ومالك، وإسحاق. «الإشراف» لابن المنذر، ٣: ٢٦. وانظر أيضًا: «ذم اللواط» للآجري، ص٥٨.

[١٤٥] ـ مسألة [حد البالغة العاقلة إذا مكنت من نفسها صبيًّا أو مجنونًا]

البالغةُ العاقلةُ إذا مكَّنتْ من نفسِها صبِيًّا أو مجنونًا يجِبُ عليها الحدُّ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على وجوبِ الحدِّ عليها إذا مكَّنتْ من نفسِها بالغًا عاقلًا.

لنا أنّ علّةَ وجوبِ الحدِّ عليها في الأصل المذكورِ لا بدَّ وأن تكون موجودةً في الفرع؛ لما تقرَّرَ في المسألةِ التي قبلها، ويلزمُ من ذلك وجوبُ الحدِّ عليها.

وكلُّ ما يختَصُّ بالقصور من الاعتراضات / والانفصال عنها فقد عُرِفَ فيما تقدَّم. [أ/ ١١٣]

ويزيد هاهنا المعارضةُ بقوله عليه السلام: «نُهِيتُ عن قتلِ النِّسْوانِ»[٣].

وبقوله لخالد: «لا تَقْتُلِ امرأةً ولا عَسِيفًا»[٤].

وجوابُه: أنّ ذلك لا يَقتضِي نفيَ الحدِّ بالجلد، وإن كان متناولًا للحدِّ بالرجم فقد خالفْناهُ فيما إذا مَكَّنَتْ من نفسها بالغًا عاقلًا وهي ثَيِّبٌ؛ لمعنًى هو موجودٌ في محلِّ النِّزاع على ما بيَّنَّاه.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٢٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٨٨. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٢١٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٠٨.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

[١٤٦] ـ مسألة [حد واطئ محرمه أو مطلقته ثلاثًا بالنكاح]

إذا نَكَحَ مَحرَمًا من محارِمِهِ أو المطَلَّقةَ منهُ ثلاثًا ووطِئَها يجِبُ عليهِ الحَدُّ عندنا[١]، خلافًا لأبِي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على وجوبِ الحدِّ بوطئِها قبلَ النِّكاح.

لنا أنّهُ لا فارِقَ بين الأصلِ والفرعِ سوى عَدَمِ النِّكاح في الأصلِ، ووجودِهِ في الفرع، والأصل عدم تأثير عدم النكاح في الاقتضاء، وعدم تأثيرِ وجوده في المنع، فوجَبَ الاشتِراكُ في الحدّ.

فإن قيل: فكَما أنّ الأصلَ عدمُ تأثيرِ عدمِ النِّكاح في الأصلِ فالأصلُ عدمُ تأثيرِ الأوصاف المشتركة، وليسَ إلغاءُ أحدِ الأمرَينِ أوْلَى من الآخَر.

سلَّمنا الاشتراكَ في المقتضِي بين الأصل والفرع، ولكن لا نُسَلِّمُ عدمَ تأثيرِ وجودِ النكاح في الفرع.

وبيانُ تأثيرِه، وهو أنّ عقدَ النكاحِ في مواقعِ الإجماعِ مُبيحٌ للوطء، وقد وُجِدَتْ صورةُ المبيحِ في محلِّ النِّزاع وإن لَم تَتَرَتَّبْ عليها الإباحة، وصورةُ المبيحِ شُبهة، فإنّ كلَّ مَن رأى العقَدَ يعتقِدُ أنّهُ يُفيدُ حلَّ الوطءِ إلى أن يُنَبَّهَ للمعارِضِ، فكان موجبًا للاشتباه، فيكون شبهةً؛ لكونِ الشبهةِ مشتقّةً

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٦٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٢٢.

(٢) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، ص٢٠٥. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٠٣.

مـن الاشـتباه، والشـبهةُ دارئـةٌ للحـدّ؛ لقولـه عليـه السَّـلام: «ادْرَؤُوا الحـدودَ بالشُّبُهاتِ»(١).

والجوابُ عن السُّؤال الأوَّل: أنّ التَّعليلَ بالأوصاف المشتركةِ أوْلَى؛ لكونِهِ موافقًا لتعديةِ العلّةِ والقصور المُبْطِل فيما ذكروه.

وعن الثاني: نمنعُ أنّ وجودَ صورةِ المبيح شبهة، ولهذا فإنّهُ لو اشترى أمةً ووطئها فإنّ الحدَّ يجِبُ وإن وُجِدَتْ صورةُ المبيح، ولو كان شبهةً لما وَجَبَ الحدُّ فلأنـ[ـهم] قالوا: الشريُ لا يفيدُ حِلَّ الوطء ، والملكُ غيرُ ثابت، ولا [ب/ ١١٣] يلزمُ من كونِ السببِ لحل الوطءِ مع انتفاءِ الحدِّ شبهةً أن يكون سببُ السَّبَبِ شبهةً.

قلنا: وكذلك عقدُ النكاح لا يفيدُ حلَّ الوطء، بل الزوجيةُ أو ملكُ المتعة، وذلك هو المفيدُ لحلِّ الوطء، وعلى هذا نقولُ: إنّ الملك في الأختِ من الرضاع ليس شبهةً، بل الحدُّ بوطئها واجب، والنسبُ غيرُ ثابتٍ على رأيٍ لنا.



---

(١) تقدم تخريجه.

[١٤٧] ـ مسألة [إقامة السيد الحدّ على عبده]

السيِّدُ يملكُ إقامةَ الحدِّ على عبدِهِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على ثبوتِ ملكِ ذلك للإمامِ على مملوكِهِ وعلى مملوكِ غيره.

لنا أنّ العلةَ المقتضيةَ لجوازِ إقامةِ الحدِّ للإمامِ إن لم تكن موجودةً في الفرع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحكم.

فإن قيل: وإن سلَّمنا الاشتراكَ في العلةِ بعد النُّزولِ على ما يَرِدُ على القصورِ كما عُرِفَ فيما تقدَّم، ولكن إنما يلزمُ الحكمُ في الفرع أن لو لم يوجدِ المعارِض.

وبيانُ وجودِه وهو أنّ الملك مظِنّةُ التُّهمة؛ لكونِهِ منشأ الشفقة، وذلك مما يمنعُهُ عن المبالغةِ في استيفائِه؛ خوفًا من نقصانِ ماليَّتِهِ، فوجبَ أن لا يَثْبُتَ له الاستيفاءُ؛ لاختلالِ حكمتِه.

قلنا: اختلالُ الحكمةِ إمّا أن يكونَ قطعًا أو ظَنًّا، لا جائز أن يكونَ قطعًا، وإلا وَجَبَ القطعُ بخطأ المثبتِ عينًا، وهو خلافُ الإجماع.

كيفَ وأنّهُ يلزمُ منه عدمُ العلّةِ في الفرع؛ لأنّ العلّةَ ليست هي مجرَّدَ

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٣٢.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٨٥. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، ص٢١٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٠٥.

الضابـط، بـل الضابِطُ مع احتمال الحكمةِ وهو خلافُ الفرض، وإن كان ذلك ظنًّـا فاحتمـالُ الحكمةِ مع وجـودِ الضّابِطِ كافٍ في الشَّـرعِ في الصُّـوَرِ النادِرةِ إجماعًا.

كيف وأنّ ما ذكروهُ يُشْكِلُ بإقامةِ الإمامِ الحدَّ على مملوكِه؟

والجوابُ عنه أنّ ذاكَ يكون مشتركًا.



[١٤٨] ـ مسألة [ضمان تلف المسروق الواجب فيه القطع عند السارق]

كلُّ سرقةٍ يجبُ فيها القطعُ إذا تلِفَتِ العينُ المسروقةُ في يدِ السارقِ يجبُ عليهِ ضمانُها عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

[١١٤/أ] وأجمعنا على وجوبِ الضمانِ إذا لم يكنِ القطعُ واجبًا.

لنا أنّهُ لا فارقَ بين الأصلِ والفرعِ سوى عدَمِ القطعِ في الأصل، ووجوده في الفرع بدليلِ البحث والسَّبر، والأصلُ عدمُ تأثير عدمِ القطعِ في اقتضاءِ الضمانِ، وعدمُ تأثيرِ وجودِهِ في المنعِ منه، فوجَبَ الاشتراكُ في وجوبِ الضَّمان.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّهُ لا فارِقَ في الأصلِ سوى عدمِ القطع.

وبيانُ الفارقِ من وجهين:

الأول: محلُّ الوفاقِ ما إذا كان المسروقُ دون نصابِ السرقةِ عند ذلك، فإعجازُ المالك عن الوصولِ إليه يكون أتمَّ منه في الفرع؛ لتيَسُّرِ إخفائه لقلَّتِه، والضَّمانُ فيه يكونُ أفْضَى إلى الأداءِ لتيَسُّرِه، وذلك مناسبٌ للضَّمان، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقه، وهو غيرُ متحقِّقٍ في الفرع.

الثاني: أنّ المالَ في الأصلِ معصومٌ للمالك إجماعًا، وتفويتُ الملكِ

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٤١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٩٤. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» للإسمندي، ص٢٢٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣١٣.

المعصومِ للمالكِ مناسِبٌ للضَّمان؛ جبرًا لحقِّه، ودفعًا للضررِ عنه، والحكمُ ثابتٌ على وفقه، وهو غيرُ متحَقِّقٍ في الفرع لوجهين:

الأول: أنّهُ لو كان المال معصومًا للمالك في الفرع لكانتِ السرقةُ جنايةً على حقِّه، ويلزم من ذلك أن يكون القطعُ حقًّا له، ويسقطُ بإسقاطِه، وليس كذلك، بل هو حقٌّ لله تعالى، وهو دليلُ انتقالِ العصمةِ إلى الله تعالى حتَّى يكونَ القطعُ واجِبًا بالجنايةِ على حقِّ الله تعالى.

الثّاني: أنّهُ لو كان في الفرعِ معصومًا للمالك لَزِمَ منه إباحةُ إثباتِ اليدِ للغيرِ عليه؛ لكونها وسيلةً إلى الانتفاع بالعين؛ إقامةً لمصلحةِ الآدميّ، والتحريمُ يكون مُختَصًّا بتفويتِ يدِ المالك؛ لما فيه من الإضرار به، ويلزمُ من ذلك امتناعُ القطع؛ لأنّ إثباتَ إباحةِ اليدِ يكونُ شبهةً، والشُّبهةُ دارئةٌ للحدّ؛ لقوله عليه السلام: «ادرَؤُوا الحدودَ بالشُّبُهاتِ»[1].

سلَّمنا أنّهُ لا فارقَ في الأصلِ سوى عدمِ القطع، ولكن كما أنّ الأصلَ عدمُ تأثيرِهِ فالأصلُ عدمُ تأثيرِ الوصفِ المشترك، وليسَ التعليلُ بأحدِ الأمرَين أَوْلَى من الآخر.

[ب/١٤] سلَّمنا الاشتراكَ في المقتضي للضَّمان، غير أنّا نُعارضُ في الفرع بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا ﴾ [المائدة: ٣٨]؛ جَعَلَ القَطعَ جزاءً، والجزاءُ ما فيه كفاية، فلو ضُمَّ إليه الضَّمانُ لخرجَ عن كونه كفايةً، وهو خلافُ ظاهرِ النَّصّ، وأيضًا قوله عليه السلام: «لا غُرْمَ على السّارِقِ بعدَما قُطِعَتْ يَمِينُهُ»[2].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «سنن النسائي»، كتاب قطع السارق، ٤٩٨٤، قال النسائي بعده: «وهذا مرسل وليس=

وأمّا المعنى فهو أنّ السرقةَ معتبرةٌ في القطع زَجْرًا، فلا يعتبرُ في الضمان؛ لأنّ الضمانَ إن وجب على السّارقِ زجرًا لهُ فقد صارتْ هذه الحكمةُ مستوفاةً بالقطع، وإن وَجَبَ جبرًا للمالك فلا حاجةَ إليه؛ لانجبارِهِ بطيبِ قلبِهِ وفراغِ باله؛ لشرع القطع الزاجرِ كما في القتل، فإنّهُ لا يُجمَعُ فيه بين القصاصِ الزاجرِ والديةِ الجابرة.

والجوابُ عن الفارقِ الأوَّلِ في الأصل: أنّ ما ذكروهُ بعينه متحقِّقٌ في الفرعِ فيما إذا سَرَقَ دُرّةً ثمينةً، ومع فرضِ الكلام فيها فلا تحقُّقَ للفرق.

وعن الفرقِ الثاني: بمنع انتفاءِ عصمةِ الملكِ للمالكِ في الفرع، فإنّها كانت ثابتةً له قبل السَّرقة، والأصلُ بقاءُ ما كان على ما كان.

قولهم: إنّ القطعَ واجبٌ حقًّا لله تعالى.

قلنا: ذلك معلَّلٌ بما تُفْضِي إليه السرقةُ من العارِ في حقِّ السارقِ وهو حرامٌ؛ حقًّا لله تعالى، ولا منافاةَ بين ذلك وبين كونِ المال معصومًا للمالك.

قولهم: يلزمُ من بقاءِ العصمةِ للمالك انتفاءُ القطع؛ لما ذكروه، فهو مبنيٌّ على إباحةِ إثباتِ اليدِ لغيرِ المالك على الملك، وهو غيرُ مُسَلَّم، ولا يلزمُ من إثباتِ ذلك للمالكِ مع وجودِ سببِ الإباحةِ في حقِّه إثباتُهُ لغير المالكِ إلا أن يوجدَ سببُ إباحةِ إثباتِ اليدِ لَه، والأصلُ عدَمُه.

وعن السُّؤالِ الثّاني: بترجيحِ التَّعلِيلِ بالوصفِ الجامعِ لموافقَتِهِ للتَّعدِيةِ والقصور فيما ذكروه.

= بثابت». «سنن الدارقطني»، كتاب الحدود والديات وغيره، **٣٣٩٧**، قال الدارقطني بعده: «سعيد بن إبراهيم مجهول، والمسور بن إبراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف، وإن صحَّ إسناده كان مرسلًا».

وعن المعارضةِ بالآية: أنّهُ لا يَلْزَمُ من شرعِ القطعِ جزاءً بجهةِ الزَّجْرِ امتناعُ وجوبِ الضَّمانِ جبرًا، كما في التحريمِ مع الضَّمان.

وعن الخبر أنّهُ يجِبُ حملُهُ على نفيِ أجرةِ القاطعِ ليدِهِ عنه؛ لما فيه من الجمعِ [١١٥/أ] بينَهُ وبين ما ذكرناهُ من الدَّلِيل.

وقوله عليه السَّلام: «على اليدِ ما أخَذَتْ حتَّى تُؤَدِّيَهُ»[1].

فإنّهُ ظاهرٌ في ضمانِ العين دونَ مؤنةِ الرَّدِّ وإلا كان قولُه: عليهِ مؤنةُ الرَّدِّ حتى يَرُدّ، تهافُتًا في الكلام.

وعن المعارضة بالمعنى: أنّهُ إن كان الضمانُ مشروعًا للزجرِ فلا نُسَلِّمُ استيفاءَ حكمتِهِ بالقطع، فإنّ الزجرَ الحاصلَ من أمرَينِ لا يكونُ حاصِلًا من أحدِهِما وإن كان مَشرُوعًا للجَبر، فلا يمتنِعُ الجمعُ بينَهُ وبينَ الزاجر، من جهةِ أنّ ضررَ تفويتِ المالِ لا يَندَفِعُ باستيفاءِ ما شُرِعَ زاجِرًا كالتَّحرِيمِ مع الضَّمانِ، وإن كان مُناسِبًا لنَفْيِ الجابِر.

وأمّا القصاصُ والدِّيةُ فعندنا أنّ الوليَّ مُخيَّرٌ بينهُما، وذلك أفْضَى إلى دَفْعِ مَحذورِ التَّفويتِ بالجبرِ والزَّجْر؛ لاختِيارِهِ أيَّ الأمرَينِ شاءَ من غيرِ تَوَقُّفٍ على خيرة الجاني، بخلافِ ما إذا عين الزاجر في الشَّرعيةِ دونَ الجابر.



---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، ٣٥٦١. «سنن الترمذي»، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ١٢٦٦، قال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن». «سنن ابن ماجه»، كتاب الصدقات، باب العارية، ٢٤٠٠.

[١٤٩] - مسألة [قطع النباش إذا كان القبر بين المقابر المطروقة]

إذا كان القبرُ بين المقابرِ المطروقةِ على أطرافِ البلدِ يجبُ القطعُ على النَّبّاشِ منه عندنا إذا كان قد أخذَ نِصابًا كاملًا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على أنّهُ لو كان القبرُ في الصحراءِ بعيدًا عن البلدِ على أنّهُ لا قطع.

لنا أنّ النَّبّاشَ سارِقٌ فيُقْطَعُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

وبيانُ كونِهِ سارِقًا قولُ عائِشةَ وهِيَ من أهلِ اللسان: «سارقُ أمواتِنا كسارقِ أحيائِنا»[٣]؛ أطْلَقَتْ عليهِ اسمَ السّارِق، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ أنّ النَّبّاشَ سارِق، وقولُ عائشةَ متروكُ الظاهِر؛ لعلمِنا أنها لم تُرِدْ سَرِقةَ نفسِ الميِّت، وإذا كان لا بُدَّ من التأويلِ فالتأويلاتُ مُتعارِضة، وليس البعضُ أوْلَى من البعض.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٨٣. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٣٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٤٩٣. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٢٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣١٧.

(٣) لم أجده لعائشة رضي الله عنها، وهو من كلام الشعبي وإبراهيم النخعي عند ابن أبي شيبة: «يقطع سارق أمواتنا كما يقطع سارق أحيائنا»، «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الحدود، ما جاء في النباش يؤخذ ما حده، ٢٨٦١٥.

سلَّمنا دلالةَ قولها على أنه سارقٌ حقيقةً، لكنَّهُ معارَضٌ بما يَدُلُّ على أنّهُ ليس بسارق.

وبيانه: أنّ السرقةَ عبارةٌ عن أخذِ مالِ الغيرِ على سبيلِ الاختفاءِ من المحافظة له، وذلك غيرُ مُتَحَقِّقٍ في النَّبّاش.

أمّا أوّلًا: فلأنّ الكفنَ غيرُ مملوكٍ للميِّت؛ لأنّ حُكمَ الملكِ جوازُ الانتفاع به، والميِّتُ ليس أهلًا لذلك ولا لغيرِه، [ب/ ١٥] أمّا مَن ليس بوارثٍ فبالإجماع، وأمّا الوارثُ لكونِهِ مُستغرقًا بحاجةِ الميِّت.

وأمّا ثانيًا: فلأنّ الكفنَ لا حافِظَ له، وأيضًا فإنّهُ قد اختصَّ باسم النبّاش، والأصلُ عند اختلاف الأسماءِ اختلافُ المسمَّيات.

سلَّمنا أنّهُ سارقٌ حقيقةً، ولكن لا نُسَلِّمُ عمومَ الآيةِ في كلِّ سارقٍ؛ لتردُّدِ الألِفِ واللامِ بين إرادةِ الاستغراقِ والمعهود والخبر.

سلَّمنا العموم، لكنَّهُ قد خُصَّ بسرقةِ ما دُونَ النِّصاب، وبالسرقةِ من غيرِ الحِرْز، وسرقةِ ما له فيه شبهة، فلا يَبقَى حُجّةً.

سلَّمنا صحّةَ الاحتجاجِ بها، غيرَ أنّ ما لأجلِهِ خصَّ العمومُ في السرقةِ من غيرِ الحرزِ إنّما هو أخذُ المالِ من غيرِ الحرز، وهو مُتَحَقِّقٌ في النبّاش، فإنّ ما أخذَهُ من الكفنِ لم يكن في الحرز، ولهذا فإنّهُ لو كان في القبرِ مالٌ آخرُ غيرُ الكفنِ وأخَذَهُ واحدٌ فإنّهُ لا يُقْطَعُ به، ولو كان مأخوذًا من الحرزِ يُقطع.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على وجوبِ القطع، لكنَّهُ مُعارَضٌ بما يَنفيه، وبيانُهُ من حيثُ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «لا قَطْعَ على مُخْتَفٍ»[1].

---

(١) لم أجد هذا النص في كتب الحديث، وفي «نصب الراية» للزيلعي: «لا قطع على المختفي»، =

وأمّا المعنى؛ فهو أنّ القطعَ حَدّ، والحَدُّ يَنتَفي بالشُّبهةِ للخبر، وقد وُجِدَتِ الشُّبهةُ لمشابهةِ الكفنِ بما ليس بمالٍ لتَسارُعِ البِلَى إليه، ولذلك لا يُرغَبُ فيه بحبِّه، ولأنّهُ محفوظٌ بأعيُنِ المارّة، والنَّبّاشُ من جُملتِهِمْ، فيكونُ ذلك شبهةً كما لو أوْدَعَ مالًا عند جماعةٍ فسرقَهُ واحِدٌ مِنهُمْ.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: أنّ المتبادِرَ إلى الأفهام من قولِ عائشةَ إنما هو سارِقُ أكفانِ أمواتِنا، ولهذا شَبَّهَتْهُ بسارقِ الأحياء، والمرادُ بِهِ سارِقُ أموالِ الأحياءِ فكان ظاهِرًا فيه دونَ غيرِه.

وعن السُّؤالِ الثّاني: أنَّهُ إذا سُلِّمَ صحةُ إطلاقِ اسمِ السارق على النباش، فإن كان ما ذكروهُ في حدِّ السرقة موجودًا في النباش فقد ثَبَتَ أنّهُ سارِقٌ حقيقةً على كِلا المذهبَين، وإلا فيَجِبُ اعتقادُ إبطالِ ما ذكروهُ من الحدّ، وأن يُعْتَقَدَ أنّ مُسَمَّى السرقةِ / حقِيقةً إنما هو القدرُ المشتركُ؛ نفيًا للتَّجوُّزِ والاشتراكِ المخالفِ للأصل، واختصاصُهُ باسمِ النَّبّاشِ لكونِهِ أخصَّ من السّارق، ولا مُنافاةَ بينَ اسمِ الأخَصِّ واسمِ الأعَمّ. [١١٦/أ]

وعن منعِ العُمومِ في الآيةِ أنّهُ يَتَعَذَّرُ حملُها على المعهود؛ لافتقاره إلى القرينةِ من ذكرِه سابِقًا أو شهرتِه، ويَتَعَذَّرُ حملُها على الجنس؛ لإيهامِ المأمورِ به، بخلافِ العُموم، فكانتِ الآيةُ ظاهِرةً في العُموم، ولذلك كان العمومُ فيها هو المتبادرَ إلى الفهم.

= قال الزيلعي: «غريب». «نصب الراية»، ٣: ٣٦٧. وفي «مصنف ابن أبي شيبة» عن الزهري، قال: «أُتِي مروان بن الحكم بقوم يختفون القبور ـ يعني ينبشون ـ فضربهم ونفاهم، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون». «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الحدود، ما جاء في النباش يؤخذ ما حده، ٢٨٦١٢، وروى ابن أبي شيبة كذلك عن ابن عباس قال: «ليس على النباش قطع، وعليه شبيه بالقطع». «مصنف ابن أبي شيبة»، ٢٨٦٢٣.

وعن التَّخصيص؛ يكونُ العامُّ حجّةً بعد التَّخصِيصِ فيما سوى صُوَرِ التَّخصِيصِ بالإجماعِ من الفريقَين.

وعن القياسِ على صورةِ التَّخصِيص بمنعِ عدمِ الحرزِ في محلِّ النِّزاع، وما ذكروهُ منَ الحكم فهو ممنوعٌ على رأيٍ لنا.

وعن المعارضةِ بالنصّ بوجوبِ حملِهِ على السّارِقِ ما دونَ النصابِ جمعًا بين الدَّلِيلَين.

وعن المعارضة بالشبهة بمنعِ وُجُودِها.

قولهم: إنّهُ شَبِيهٌ بما ليسَ بمالٍ، لا نُسَلِّم، وتَسارُعُ الفسادِ إليه مُلغًى بسرقةِ الفواكهِ التي يَتسارعُ الفسادُ إليها.

قولهم: إنّهُ لا يُرغَبُ فيه بحبِّهِ، ممنوع، وعِيافَتُهُ ملغاةٌ بثوبِ الأجْذَم.

قولهم: من جملةِ الحفظة، لا نُسَلِّمُ ذلك؛ فإنّهُ محفوظٌ لمن عَدا النَّباش من عُدولِ المارّة، بخلاف صُورة الوديعة.



[١٥٠] ـ مسألة [قطع السارق إذا ملك المسروق بالهبة ونحوها بعد الحكم]

إذا مَلَكَ السّارِقُ العينَ المسروقةَ بالهبةِ أو غيرِها بعدَ القضاء، وقبلَ الإمضاءِ يجبُ قطعُهُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢]، ولو ملكها قبل الدعوى لا يُقطعُ بالإجماع، ولو مَلَكَها بعدَ إقامةِ البَيِّنة، وقبل القضاءِ فلَنا فيه قَولانِ[٣].

وأجمعْنا على وجوبِ القطعِ مع عَدَمِ الملك.

لنا أنّهُ لا فارقَ بين الأصلِ والفرعِ سِوَى عدمِ الملك في الأصل، ووجوده في الفرع، والأصلُ عدم تأثيرِ عدمِهِ في الاقتضاءِ للوجوب في الأصل، وعدمُ تأثيره في امتناعِ الوجوبِ في الفرع، فيَلْزَمُ الاشتراكُ في وجوبِ القطع.

فإن قيل: بيانُ تأثيرِ الملك في المنع من القطع في الفرع هو أنّ الهبةَ تدلُّ

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٣٩.

(٢) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٢٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٢٣.

(٣) لم أقف على القولين اللذين ذكرهما المؤلف، مع قصوري وضعفي، والمصنف أعلم وأدرى بمذهبه، والمنصوص في كتب الشافعية أن الملك بعد الرفع للإمام لا يعصم من القطع، وقد جاء في «تحفة المحتاج» ما نصه: «(فلو ملكه بإرث أو غيره) كهبة وإن لم يقبضه (قبل إخراجه من الحرز) أو بعده، وقبل الرفع للحاكم، فلا يفيد بعده، ولو قبل الثبوت كما اقتضاه كلامهم». «تحفة المحتاج» للهيتمي، ٩: ١٢٨.

على أنّ العينَ المسروقةَ مملوكةٌ للسّارق، وأنّ المسروقَ منه كان كاذبًا في الدَّعوى، وذلك لأنّ الهبةَ إحسان، والإحسانُ مما يبعد جِدًّا بالنسبة إلى المسمَّى بالسرقة، غير أنّهُ لما آلَ الأمرُ إلى القطع رحِمَه، ولم يَرَ تكذيبَ نفسِهِ فعَدَلَ إلى الهبة، وذلك مانِعٌ من القطع، كما لو ادَّعَى أنّ العينَ المسروقةَ مملوكة، فإنّ القطعَ لا يجبُ عليه؛ لاحتمالِ سرقته في ذلك مع تكذيبِ الخصم لهُ في ذلك، ويَلزَمُ من امتناعِ القطع في صورة الهبةِ امتناعُهُ في سائرِ صورِ الملك؛ ضرورةَ أن لا قائلَ بالفرق.

سلَّمنا أنّ الأصلَ عدمُ تأثير الفارق بين الأصل والفرع، إلا أنّهُ مُعارَضٌ بأنّ الأصلَ عدمُ تأثير الوصف الجامع في وجوبِ القطع، وليس إلغاءُ أحدِ الأمرَين أوْلَى من الآخر، بل اعتبارُ الفارق وإلغاءُ الجامعِ أوْلَى؛ لما فيه من تقليلِ مخالفةِ النّافي للقَطع.

والجوابُ عن السُّؤال الأول هو أنّ ما ذكروهُ من دلالةِ الهبةِ على الملك المانع من القطعِ مُتَوَقِّفٌ على علم الواهبِ بامتناعِ القطعِ بذلك، وامتناعُ القطعِ متوقِّفٌ على دلالةِ الهبة على الملك، وهو دَوْر، والفَرقُ بين الهبة ودعوى المِلك ظاهر، ولهذا فإنّهُ لو زَنى بجاريةِ الغير وادَّعَى أنها ملكُهُ سَقطَ الحدّ، ولو وَهَبَها منهُ المالكُ فإنّ الحدَّ لا يَسقُط.

كيف وأنّ ما ذكروهُ في صورة الهبةِ لا يَطَّرِدُ في غيرها من صُوَرِ النِّزاع؟ والقولُ بالتفصيلِ يَرجِعُ إلى الحكمِ في كلِّ صورةٍ بما يُوافِقُ مذهبَ ذِي مذهبٍ لا يمتنِعُ؛ إذ ليسَ فيه مخالفةُ الإجماع، وإن لم يكن قد ذَهَبَ إليه ذاهِب، فلهذا فإنّهُ لو سُلِّم الحكمُ في بعضِ مسائلِ الخلافِ لا يلزمُ التسليمُ في الباقِي.

وعن السُّؤالِ الأخير بترجيحِ التعليل بالوصفِ المشترك؛ لما فيه من موافقةِ التَّعْدِيةِ في العِلّةِ؛ فإنّهُ أوْلَى من القُصورِ المبطِلِ للتَّعلِيل، ولما فيه من موافقةِ عُموم قولِهِ تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨].

وتعليلُ مفسدةِ جنايةِ السَّرقةِ بالنِّسبةِ إلى السّارِقِ والمسرُوقِ منه.



[١٥١] - مسألة [ضمان قاتل غير العاقل الصائل لدفع شره] [١١٧/أ]

إذا صالتِ البهيمةُ على إنسانٍ معصوم فقتَلَها دفعًا لشرِّها لا يَلزمُهُ الضَّمانُ عندنا(١)، خلافًا لأبي حنيفة، وكذلك الخلافُ في صيالِ الصبيِّ والمجنونِ(٢).

وأجمعنا على نفيِ الضَّمانِ فيما إذا كان الصائلُ آدمِيًا بالغًا عاقلًا، حُرًّا كان أو عبدًا.

لنا أنّ القولَ بوجوبِ الضَّمانِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ وجوبِ الضَّمانِ أنَّهُ أتلفَ مالًا معصومًا مُتَقَوِّمًا لمالكٍ معصوم، فوجبَ عليه الضَّمانُ كسائرِ الأموال، أما أنَّهُ أتلف فلأنّ الكلامَ مفروضٌ فيما إذا وُجِدَ منهُ الفعلُ المُفضِي إلى زهوقِ نفسِ البهيمة، وما وُجِدَ منه من الدّاعِي القَوِيِّ لا يُخرِجُهُ عن كونِهِ فاعِلًا؛ بدليلِ المضطَرّ، ولهذا يجبُ عليه ضمانُ ما أتلَفَه، ويجبُ عليه القصاصُ إذا أتلف آدَمِيًّا معصومًا، ولولا استِنادُ التَّلَفِ إليه لما كان كذلك.

وأمّا أنّهُ أتلفَ مالًا فلأنّ المالَ عبارةٌ عما يُرغَبُ فيه، وببذلِ المالِ في مقابلتِه، والبهيمةُ المفروضةُ كذلك، وأمّا أنّهُ معصومٌ أنّهُ لو أتلفها غيرُ المَصُولِ عليه وجبَ عليه ضمانُها، ولا معنى لعِصمَتِها سوى ذلك، وأمّا أنّ المالكَ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٣٥٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٥١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٠٦. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأسلاف» للإسمندي، ص٤٩٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٦٦٦.

معصومٌ فظاهر، وإذا ثَبَتَتِ الأوصافُ ناسبَ وجوبَ الضَّمان؛ دفعًا للضَّرَرِ عن المالك؛ لجبر ما فاتت عليه، وأصلُهُ ما ذكرناه.

والجواب: لا نُسَلِّمُ أنّهُ أتلف، بل البهيمةُ هي المتلِفةُ لنفسِها؛ لأنّ الإتلافَ عبارةٌ عن فعلٍ اختياري يُلازِمُهُ التَّلَفُ عادةً، وَصَوْلُ البهيمةِ كذلك، وأمّا المَصُولُ عليه فمَسْلُوبُ الاختيار، ونِسبتُهُ إليها نِسبةُ المُكرَهِ إلى المُكرِهِ عندهم، فلا يكونُ هو الفاعل.

سلَّمنا أنّهُ أتلف، لكن لا نُسَلِّمُ أنّهُ أتلفَ ما هو مالٌ حالةَ الإتلاف، وما ذكروهُ من حدِّ المال وإن كان صحيحًا فلا نُسَلِّمُ وجودَهُ حالةَ الصّيال، فلا يكونُ مالًا حالةَ الصّيال.

سلَّمنا أنّهُ أتلفَ المال، ولكن لا نُسَلِّمُ أنّ المُتْلَفَ معصوم، / [ب/١١٧] وأمّا عصمةُ التَّأثيمِ فظاهر، وأمّا عصمةُ التضمينِ بالنسبةِ إلى المصُولِ عليهِ فدعواها دعوَى محلِّ النِّزاع.

سلَّمنا وجودَ الأوصاف، ولكن لا نُسَلِّمُ مناسبتَها لوجوبِ الضَّمان، وما ذكروهُ وإن كان فيه دَفعُ الضَّررِ عن مالكِ البهيمةِ إلا أنّهُ يَلزمُ منهُ الإضرارُ بالمصُولِ عليه بتقديرِ إيجابِ الضَّمانِ عليه؛ رعايةً لما ذكروهُ من المقصود، وذلك أنّ وجوبَ الضَّمانِ قد يُفْضِي إلى الهلاكِ في حقِّ المصُولِ عليه، بسببِ امتناعِهِ من القتل؛ خوفًا من فواتِ مالِ الضَّمانِ عليه، المحبوبِ إلى النفوس عادةً، وليسَ من المناسب دفعُ الضررِ عن أحدِ المعصومين، وإلزامُهُ للآخرِ أوْلَى من العكس، بل دفعُ الضَّرَرِ عن المصُولِ عليه أوْلَى؛ لتَعَلُّقِهِ بفواتِ نفسِه، والضَّرَرُ في حقِّ المالكِ بفواتِ ماله، ولا يخفَى أنّ المحافظةَ على النَّفسِ أوْلَى من المحافظةِ على المال؛ لأنّ النفسَ أصلٌ والمالُ تَبَع.

[١٥٢] ـ مسألة [قسمة الغنيمة في دار الحرب]

تصِحُّ قِسمةُ الغنيمةِ في دارِ الحربِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وصورةُ المسألة ما إذا دخلَ المسلمون إلى دارِ الحربِ وقَهرُوا الكفّارَ واستَوْلَوا على أموالِهم.

وأجمعنا على صِحّةِ القِسمةِ بعدَ انحيازِه إلى دارِ الإسلام.

لنا أنّ الموجبَ لصحّةِ القسمةِ في الأصل إن لم يكن موجودًا في الفرع كان قاصرًا باطلًا بالإجماع، وإن كان موجُودًا في الفرع وجبَ الحكمُ بالصِّحّة، وقد عُرِفَ ما يختَصُّ بهذا النَّمَطِ من الاعتراضات الواردةِ على القُصُورِ وجوابها.

وتختَصُّ هذهِ المسألةُ بسؤال المعارضةِ في الفرع، وهو أنّ الجهادَ والاستيلاءَ وقهرَ الكفّارِ قربةٌ وطاعة، يُسْتَحَقُّ عليهِ الثَّوابُ على ما قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ جَٰهَدُواْ فِينَا لَنَهۡدِيَنَّهُمۡ سُبُلَنَا ﴾ [العنكبوت: ٦٩].

ولأنّ الجهادَ من أعظمِ المشـاقّ، وقد قال عليه السَّـلام: «ثوابُكِ على قَدْرِ نَصَبِكِ»[٣] مستقبل، وذلك مُناسِبٌ لنفيِ صحّةِ القسمةِ وترتيبِ أحكامِها عليها

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٢٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٥٣.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٦٧. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٣٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٣١.

(٣) في «سنن الدارقطني»، أن النبي ﷺ قال لعائشة: «إن لك من الأجر قدر نَصَبك ونفقتك»، «سنن الدارقطني»، كتاب الحج، باب المواقيت، ٢٧٢٩. ورواه الحاكم في «المستدرك»، =

[١١٨/أ] مـن إقـرارِ الملكِ والاختصـاصِ بما يتعلَّقُ به مـن المنافع؛ حَـذَرًا من فواتِ ثـوابِ الاجتهـاد؛ لاحتمـالِ الإتيانِ بـه؛ طَمَعًا في هـذهِ المقاصد، والشّـاهِدُ له بالاعتبارِ القسمةُ في حالِ فورِ الهزيمةِ وقسمةِ العقار، فإنّ القسمةَ لا تَصِحُّ في ذلك إجماعًا.

والجوابُ أنّ ما ذكروهُ من التعليل مُنتقِضٌ بحصّةِ القسمةِ بعد الحيازةِ إلى دار الإسلام، فإنّ ما ذكروهُ من احتمالِ الإتيانِ بالجهادِ طمعًا في المقاصدِ المذكورةِ قائم، ومع ذلك صَحَّتِ القسمةُ وثبتَ الملك.

سلَّمنا عدمَ الانتقاضِ وإمكانَ صلاحيةِ ما ذكرُوا للمنع، ولكن لا بُدَّ له من أصلٍ شاهدٍ بالاعتبار، وما ذكروهُ من الأصلَينِ بالحكمِ ممنوعٌ فيهما، وإن سلم امتناعُ ثبوتِ الملكِ فيهما وامتناعُ صِحّةِ القسمةِ فليس ذلِكَ لما ذكروه، بل لعدمِ السَّبَبِ المُفْضِي للملكِ، وهو كمالُ الاستيلاء، وهو الأَوْلَى؛ نفيًا للتَّعارُضِ بين الأدِلّة.



= وقال بعده: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وله شاهد صحيح».
«المستدرك على الصحيحين» للحاكم، كتاب المناسك، **١٧٣٣**.

[١٥٣] ـ مسألة [استيلاء الكفار على مال المسلمين وإحرازه بدار الحرب]

إذا استوَلَى الكُفّارُ على أموالِ المسلمينَ وأحرزُوها في دار الحربِ لا يملكونها عندنا(١)، خلافًا لأبي حنيفة(٢).

لنا أنّ الملكَ كان ثابتًا للمسلمين في أموالهم قبل استيلاء الكفّارِ عليها، والأصلُ بقاءُ ما كان على ما كان، إلا أن يُوجدَ المزيل، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ وجودِ المزيلِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾ [الحشر:٨]، سَمّاهُمْ فُقَراءَ حالةَ الهجرة، وهو دليلُ زوالِ الملكِ عليهم فيما خَلَّفُوه، وأيضًا قوله عليه السلام: «وهلْ تَرَكَ لنا عَقِيلٌ من رِباعٍ؟»(٣)، معناهُ أنّهُ يَملِكُها بالاستيلاءِ عليها.

وأمّا المعنى فهو أنّ بقاءَ المسلم يَستدعِي بقاءَ فائدةِ الملك، ولا فائدةَ؛ حيثُ إنّ المسلمَ لا يقدِرُ على الانتفـاع بمالـه، ولا على التَّصَرُّفـاتِ القوليّـةِ

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٥٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٣٦٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٣٤.

(٣) «صحيح البخاري»، كتاب الحج، باب توريث دور مكة، وبيعها وشرائها، وأن الناس في المسجد الحرام سواء خاصة، ١٥٨٨. «صحيح مسلم»، كتاب الحج، باب النزول بمكة للحاج، وتوريث دورها، ١٣٥١.

كالبيع والإجارة والرَّهنِ وغيره مع غيرِ مَنْ هو في يَدِه، ولا على ذلك بالنسبةِ إلى مَنْ هو في يَدِه؛ لاعتقادِهِ أنّهُ ملك.

وإن سلَّمنا بقاءَ الفائدةِ والسَّببِ المقتضِي لبقاءِ الملك غيرَ أنّهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على إثباتِ الملكِ للكافِر، وهو وجودُ الاستيلاء من الأهل في المحلّ، أمّا الاستيلاءُ فظاهِر، وأمّا الأهليةُ فهو أنّ حكمَ الاستيلاءِ إثباتُ الملك في المستولَى عليه، والكافرُ فأهلٌ لذلك بدليلِ ثبوتِ الملك له بسائرِ أسبابِ الملك، وأمّا المحليةُ فهو أنّ المالَ قابلٌ له، وذلك يُناسِبُ ثبوتَ الملك للكافِر؛ دفعًا لحاجته التي دلَّ تصرُّفُهُ عليها، والشاهِدُ له بالاعتبار استيلاءُ المسلمِ على مالِ الكافر، واستيلاءُ الكافرِ على المباحات. [ب/١١٨]

والجوابُ عن الآية: أنّ تسميتَهُمْ فقراءَ مُعارَضٌ بإضافةِ المالِ إليهم، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقةُ فيتعارضان، ويَسْلَم لنا ما ذكرناه.

وعن الخبر أنّهُ يجبُ حملُهُ على خرابِ دارِه؛ جمعًا بينه وبينَ ما ذكرناهُ من الدَّليلِ وبين قولِهِ تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وعن المعنى بمنعِ اختلالِ الفائدةِ المعتبرة في بقاءِ الملك، فإنّ ما ذكروهُ في بيانِ اختلالِ الفائدةِ لا يزيدُ على اختلال الفائدةِ في ملك الدُّرّة المُلقاةِ في البحر، ومع ذلك فإنّ الملكَ يَبْقَى فيها مُستَمِرًّا، حتى إنها لو ظهرت يومًا من الدهر كان المالكُ هو المتصرِّفَ فيها دون غيره، وذلك لأنّهُ يكفي في دوام الحكم احتمالُ دوامِ حكمتِهِ وإن كانت في غايةِ البُعد، وإن لم يكن ذلك كافيًا في ابتداء ثبوتِه.

وعن الاستيلاء بمنعِ مناسبتِهِ للملكِ مع تحريمه، وتفويتِ ملك المسلمِ عليه، بخلاف استيلاءِ المسلم على مالِ الكافر، واستيلاء الكافر على المباحات.

وإن سلَّمنا المناسبةَ فلا بُدَّ لها من أصل، واستيلاءُ المسلمِ على مالِ الكافرِ لا نُسَلِّمُ أنّهُ سَبَبُ الملك، بل شهودُ الوقعةِ على ما قال عليه السَّلام: «الغَنِيمةُ لمن شَهِدَ الوَقْعةَ»[1].

رتَّبَ الملكَ على شهودِ الوقعةِ في كلامِهِ مع مُناسبةِ ذلك للمالك، فكان إيماءً إلى التَّعليل به، وإن كان ذلك هو السبب فهو مُعارَضٌ بما فيه من دفعِ حاجة المسلم، وهي أهَمُّ من دفعِ حاجةِ الكافر، والاستيلاءُ على المباحاتِ إنما أفادَ الملك حَذَرًا من تضييعِ / المقاصدِ المتعلِّقةِ بها، بخلافِ الاستيلاء على مالٍ هو مملوكٌ للغير. [١١٩/أ]

وإن سلَّمنا المناسبةَ والاعتبار، غيرَ أنّ الترجيحَ لجانبِ الإبقاء؛ لما فيه من ترجيحِ حاجةِ المسلم على حاجةِ الكافر.



(١) لم أجده إلا من قول عمر فيما كتب به إلى عمّار، «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب السير، من قال: ليس له شيء إذا قدم بعد الوقعة، ٣٣٢٢٥. ومن قول أبي بكر كذلك في «السنن الكبرى» للبيهقي، باب المدد يلحق بالمسلمين قبل أن ينقطع الحرب أو لم يأتوا حتى ينقطع الحرب، وما رُوِي في الغنيمة أنها لمن شهد الوقعة، ١٢٩٢٦. ومعناه في «صحيح البخاري»، كتاب فرض الخمس، باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين، ٣١٣٦.

[١٥٤] ـ مسألة [سقوط الجزية الواجبة على الذمي عند إسلامه]

الجزيةُ الواجبةُ على الذِّمِّيِّ لا تسقطُ بإسلامه، بل تبقى واجبةً عليه بعد الإسلامِ عندنا[1]، خلافًا لأبي حنيفة[2].

لنا أنّ الجزيةَ كانت واجبةً قبل الإسلام، والأصلُ بقاؤُها إلا أن يُوجَدَ المزيل، والأصلُ عدَمُه.

فإن قيل: بيانُ وجودِ المزيلِ من جهةِ النَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله عليه السَّلام: «ليسَ على المسلمِ جِزْيةٌ»[3].

وأمّا المعنى فمن وجهَين:

الأوَّل: هو أنّ الجزيةَ وَجَبَتْ عقوبةً على الكفر، فإنها صالِحةٌ للملك؛

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٦١.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٢٥١. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٤٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٣٥٤.

(٣) «سنن أبي داود»، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في الذمي يُسلم في بعض السنة هل عليه جزية؟، ٣٠٥٣. «سنن الترمذي»، أبواب الزكاة، باب ما جاء ليس على المسلمين جزية، ٦٣٣. قال الغماري: «بإسناد حسن لا صحيح، خلافًا للمؤلف، وقال في «الكبير» [يقصد المناوي]: رمز المصنف لصحته، وليس بصافٍ عن النزاع؛ ففيه من طريق أبي داود قابوس، قال ابن القطان: ضعَّفوه، وربما تُرِك حديثه، ولا يدفع عن صدق، وإنما كان افترى على رجل فَحُدَّ، فكسد لذلك، قلت: فحديثه إذًا حسن لذاته، فإذا ورد له شواهد ارتفع إلى درجة الصحيح، كهذا؛ فإن له شواهد متعددة». «المداوي لعلل الجامع الصغير وشرحي المناوي»، ٥: ٣٤٩.

لما فيها من إخراجِ المال المحبوبِ إلى الطِّباع، وتفويتِ مصالحه عليه، وآثـارُ العقوبة ظاهرةٌ فيها؛ حيثُ إنها تُؤْخَذُ من الكافر على نعت الهوان، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وأنّهُ يُشترَطُ فيها أهلِيّةُ العُقوبةِ، حتَّى إنّها لا تُضرَبُ على الصِّبيانِ والمجانين، وإذا كانت عقوبةً ناسبَتْ أن لا تَبْقَى بعدَ الإسلام؛ دفعًا للضَّرَرِ عن المسلم كما في عقوبةِ القتل.

الثاني: أنّهُ هو من المناسبِ أن تكونَ الجزيةُ وجبت عِوَضًا عن النُّصرةِ بالبدل، وذلك لأنّ الكافرَ إذا دخل في الذِّمّةِ وصار من أهل دار الإسلام فمُقْتَضَى ذلك أن يَذُبَّ عن دار الإسلام بنفسه كالمسلمين، غيرَ أنّهُ لما كان مُتَّهَمًا في ذلك حَصَلَتِ الجزيةُ مصروفةً إلى جندِ الإسلام عوضًا من النُّصرةِ بالبدل، وبعد الإسلام صارَ قادِرًا على الأصلِ فسَقَطَ البَدَل.

والجوابُ عن الخبر: أنّهُ يجِبُ حملُهُ على المسلم الأصليّ، أو على نَفْيِ الحريّةِ ابتداءً، جمعًا بينه وبين ما ذكرناهُ من الدَّلِيل، فإنّهُ أوْلَى من التَّعلِيل.

وعن المعارضةِ الأُولَى بالمعنى: بمنع كونِ الجزية عقوبةً؛ حيثُ إنّهُ يستفيدُ بها عصمةَ / نفسِه وأتباعِه ومالِه، والمُقامَ في دارِ الإسلام، والارتفاقَ [ب/١٩] بمرافقِها سنةً كاملةً، وما هذا شأنُهُ لا يُعَدُّ في نظرِ العقلاءِ عقوبةً؛ إذ لا مَشَقّةَ فيه ولا حرج، وعلى هذا فلا نُسَلِّمُ اشتراطَ أحدها منه بجهةِ الصَّغار، ولهذا فإنّهُ لو وكَّلَ مُسلِمًا في أدائِها وقعتِ الموقع، ولا صَغارَ في ذلك.

والآية فإنما خرجتْ مخرجَ الأعمِّ الأغلب، ولا نُسَلِّمُ اشتراطَ أهليّةِ العقوبة فيها، ولا نُسَلِّمُ أنها غيرُ مضروبةٍ على الصبيان والمجانين، فإنّ الجزيةَ إنما هي واقعةٌ في مقابلةِ سُكناهُ في دار الإسلام بأهله وولدِه معصومِي الأنفسِ والأموال.

وعن المعارضةِ الثانية: بمنع كونها خَلَفًا عمّا ذكروه، وإلا لسقطتْ عندنا إذا وقع نفيرٌ عامٌّ وخرجوا للجهاد بأنفسهِم، فإنهم لا يُمنَعُونَ من ذلك؛ لاستحالةِ الجمع بين البدلِ والمبدل، ولأنها واجبةٌ عينًا، والجهادُ فرض كفاية، والبدلُ لا يكونُ آكدَ من المبدَل.

وإن سلَّمنا أنها خَلَفٌ عن النُّصرة بالبدَن، لكن في السنةِ التي مضتْ عليهِ وهو كافِرٌ فيها غيرُ قادِرٍ على النُّصرة ببدنِهِ لا في سنةِ إسلامه، ولا يلزمُ من نفيِ البدل مع القدرة على المبدَلِ النفيُ مع العجزِ عن المبدَل.



[١٥٥] ـ مسألة [انقطاع النكاح عند سبي الزوجين]

إذا سُبِيَ الزَّوجانِ انقطعَ النكاحُ بينهما عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على انقطاعِهِ فيما إذا اختَلَفتْ بهما الدار، أو اختلفَ السّابِي لهما[٣].

لنا أنّ القولَ ببقاء النكاح يَقتضِي الإضرارَ بالسّابي، وهو منفيٌّ بقوله عليه السلام: «لا ضَرَرَ ولا إضرارَ في الإسلامِ»[٤].

وبيانُ لزومِ الإضرارِ به: هو أنّ بقاءَ النكاح بين الزوجَينِ مُوجِبٌ لتَمَكُّنِ كلِّ واحدٍ منهما من الانتفاعِ بصاحبِهِ ونفسِه، على ما هو المعتادُ من أحوالِ الزَّوجَين، وذلك مما يُخِلُّ بمقاصدِ السّابِي من الملك الثابتِ له فيهما، والانتفاعُ بكلِّ واحدٍ منهما حالةَ اشتغالِ كلِّ واحدٍ منهما بصاحبِه، وربما أفْضَى ذلك إلى المنازعةِ بينهما المُفضيةِ إلى [أ/١٢٠] إيحاشِ القلوبِ وإيغارِ الصُّدورِ المخلِّ بالمعاونةِ والمناصرة، ولا يخفَى ما فيه من الإضرار.

فإن قيل: وإن كان ذلك مُضِرًّا من الوجه المذكور، إلا أنّ بقاءَ النكاحِ نافعٌ من وجهٍ آخرَ للسّابِي، من جهةِ ما فيه منَ التخصيصِ المانع من نقصانِ

---

(١) «البيان» للعمراني، ١٢: ١٧٤. «العزيز شرح الوجيز» للرافعي، ١١: ٤١٦.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦١٧٩. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص١٧٤.

(٣) «المبسوط» للسرخسي، ٥: ٥٢. «روضة الطالبين» للنووي، ١٠: ٢٥٤.

(٤) تقدم تخريجه.

الماليةِ بسببِ لُزُومِ الحدِّ وقلّةِ الرَّغَباتِ في مملوكِه؛ بتقديرِ إقدامِهِ على الزِّنا فيتساقطان.

سلَّمنا لزومَ الإضرارِ من غير جابر، إلا أنّهُ يَلزمُ من انقطاعِ النكاح، مع أنّ الأصلَ بقاؤُه، وبقاءُ السببِ المقتضِي له فواتُ مقاصدِ النكاحِ على الزوجَين، وهو إضرارٌ بهما، وليس العملُ بالنَّصِّ في دفعِ أحدِ الضررَينِ دُونَ الآخَرِ أوْلَى من العكس، بل الترجيحُ لما ذكرناهُ؛ لأنّ مقصودَ ملك النكاح أهمُّ من مقصودِ ملكِ اليمين، وأنّهُ حقٌّ مشتركٌ بينَ شخصَين، بخلافِ ملكِ السّابِي، والمحافظة على حقِّ شخصَينِ أوْلَى من حقِّ الواحد؛ لأنّ الإبقاءَ محافظةٌ على أصلِ مقصودِ النكاح، والقطعُ مبالغةٌ في تكميلِ مقصودِ ملكِ اليمينِ، فكان أوْلَى.

وأيضًا أنّا أجمعنا على أنّ دوامَ ملكِ اليمينِ لا يُنافي ابتداءَ ملكِ النكاح، كما إذا زَوَّجَ عبدَهُ، مع أنّ ابتداءَ كلِّ شيءٍ أضعفُ من دوامِه، ولهذا فإنّ ما يعترضُ الابتداءَ من المبطلاتِ لا يكونُ مبطلًا له في الدَّوامِ بالاتفاق، فإنّهُ يمنعُ من صحّةِ البيع ابتداءً، ولا يمنعُ منهُ دوامًا، وإذا كان دوامُ ملكِ اليمين مع قوَّتِهِ لا يمنعُ منِ ابتداءِ ملكِ النكاح مع ضعفهِ فابتداءُ ملكِ اليمينِ مع ضعفِهِ أوْلَى أن لا يمنعَ من دوامِ النكاح مع قُوَّتِه، ولا يخفَى ما يَرِدُ على النَّصِّ من الأسولةِ التي استقصيناها في مسألةِ منافعِ المغصوب.

والجوابُ عن السؤال الأوَّل: هو أنّ الوقوعَ في الزنا مع لزومِ العقاب العاجلِ والآجلِ واللومِ والتوبيخِ من أندَرِ النوادر، بخلاف المفسدةِ اللازمةِ من دوامِ النكاح فإنّها غالبة، ودفعُ المفسدةِ الغالبةِ أوْلَى من دَفعِ النادِرة.

[ب/ ١٢٠] **وعن الثاني:** بالقدحِ فيما ذكروهُ من الترجيحاتِ أوَّلًا، ثم يُرَجَّحُ ما ذكرناهُ ثانيًا؛ أمّا قولهم: إنّ حَقَّ النكاحِ مُشتركٌ بين الزوجَينِ مُقابَلٌ بما إذا كان

ملكُ اليمينِ المتعلقُ بهما بين سابِيَيْن، وما ذكروهُ من الترجيحِ الأخيرِ فهو مُلغًى بالإجارة والرَّهنِ والدَّين، فإنّهُ يتعلَّقُ به في الدَّوامِ، وينقطِعُ في الابتداء.

وبعد ذلك فالتَّرجيحُ لما ذكرناهُ من ثلاثةِ أوجه:

الأوَّل: أنّ فيه رعايةَ جانبِ المسلم، وفيما ذكروهُ رعايةُ جانبِ الكافر، ورعايةُ جانبِ المسلمِ أوْلَى.

الثاني: أنّ ما ذكرناهُ مما يُفْضِي إلى المبالغةِ في الجهادِ والسَّعْيِ في قهرِ الكفّار؛ نظرًا لما فيه من تكميلِ مقاصدِ ملكِ السّابِي فيما غَنِمَه، وهو أهمُّ مما ذكروه.

الثالث: أنّهُ قد ثبتَ استِقلالُ ما ذكرناهُ بثبوتِ الحكمِ على وفقِهِ فيما إذا اختلفتِ الدّارُ أو السّابِي، وفي ملكِ اليمينِ بخلافِ ما ذكروه.



[مسائل الذكاة]

[١٥٦] ـ مسألة [أكل كلب الصيد المعلم المطيع من الفريسة]

كلبُ الصَّيدِ إذا عُلِّمَ بحيثُ يَسترسِلُ عند الإرسال، ويَسْتَشْلِي عندَ الاستشلاء، ولا يأكلُ من فريستِهِ فأكَلَ منها نادِرًا لا يحرمُ أكلُها عندنا على القولِ المنصورِ في الخلاف(١)، ولا يَنْعَطِفُ التحريمُ على الفرائسِ الماضيةِ قولًا واحدًا(٢)، خلافًا لأبي حنيفة(٣).

وقد أجمعنا على حلِّ الأكلِ إذا أكَلَ من فريستِهِ جارحُ الطيرِ المعلِّم(٤).

لنا أنّ القولَ بالتحريم يَسْتَدْعِي دليلًا، والأصلُ عدَمُه.

فإن قيل: والقولُ بالإباحةِ يَستدعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

ثمَّ بيانُ وجودِ المحرَّم النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فمن جهةِ الكتابِ والسُّنّة؛ أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [المائدة: ٤]، ومفهومُهُ نفيُ الحِلِّ فيما أمْسَكَ على نفسِه، واشتِغالُهُ بالأكلِ دليلُ الإمساكِ لنفسِه، وإلا فلو

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٦٧.

(٢) «روضة الطالبين» للنووي، ٣: ٢٤٧.

(٣) «التجديد» للقدوري، ١٢: ٦٢٧٣.

(٤) قال النووي: «وأما جوارح الطير فيشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضًا، ويشترط تَرك أكلها من الصيد أيضًا على الأظهر، قال الإمام: ولا يطمع في انزجارها بعد الطيران، ويبعد أيضًا اشتراط انكفافها في أول الأمر». «روضة الطالبين» للنووي، ٣: ٢٤٦.

أمسَكَهُ للصائِدِ لَحِقَهُ إلى حالةِ إدراكِه، وأيضًا قولُهُ تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]. [أ/١٢١]

دلَّ على تحريمِ ما أكَلَ منهُ السَّبُعُ إذا لم يكن مُذَكًّى، وما نحنُ فيه كذلك.

وأمّا السُّنّة: فقوله عليه السَّلامُ لعدِيِّ بنِ حاتم: «إذا أرسلتَ كلبكَ المعلَّمَ وذكرتَ اسمَ الله عليهِ فكُلْ»، فقال عدِيّ: وإنْ أكلَ منها؟ فقال عليه السَّلام: «فإنْ أكلَ منها فلا تأكُلْ، فإنِّي أخْشَى أن يكونَ مُمسِكًا على نفسِهِ»(١).

وأمّا المعنى فهو أنّها فريسةُ جارحٍ غيرِ مُعلَّمٍ فتحرُم، أمّا أنّهُ غيرُ معلَّمٍ فلأنّ تركَ الأكلِ في محلِّ الوِفاقِ داخلٌ في مظِنّةِ التعلُّم؛ لكونِهِ أدلَّ على انتقالِهِ عن الطبيعةِ الأصلِيّةِ إلى طبيعةِ الاستسلامِ والانقياد؛ لمخالفةِ ذلك لطبعِه، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك فيما نحنُ فيه، وإذا لم يكن مُعَلَّمًا فلا خلافَ في تحريم فريسةِ ما ليس بمعلَّم، وهذا بخلافِ جارحِ الطيرِ؛ فإنّهُ لضعفِ بُنيَتِهِ وزيادةِ تَوَحُّشِهِ عن الآدمِيِّ لا يقبلُ التأديبَ؛ بحيثُ يمتنعُ من الأكلِ بخلافِ الكلب.

والجوابُ عن الأوَّل: أنّهُ لا معنى للحلِّ سوى نفيِ التبعة بالأكل، وهو على وفق النفيِ الأصليّ.

وعن الآية الأولى: أنّ دلالتَها على نفيِ الحِلِّ بطريقِ المفهوم، وهو غيرُ محتجٍّ به عندهم ولا عندنا على الأصحّ.

---

(١) «صحيح البخاري»، كتاب الذبائح والصيد، باب إذا أكل الكلب، **٥٤٨٣**. «صحيح مسلم»، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الصيد بالكلاب المعلمة، **١٩٢٩**.

وعن الآيةِ الثّانية: بمنع عدمِ الزكاةِ فيما نحنُ فيه، وقوله عليه السَّلام: «الذَّكاةُ ما أنْهَرَ الدَّمَ[١]، وَفَرَى الأَوْداجَ»[٢].

يجبُ حملُهُ على أنّ الذكاةَ في الغالبِ كذلك، حتَّى لا يُفضِي إلى التَّحريمِ فيما إذا أَكَلَ من حَشْوةِ الفريسة، وعندَ هذا فيَجِبُ أن تعتقَدَ أنّ الذكاةَ عبارةٌ عما يَستعقِبُ الحِلَّ مما يؤثِّرُ في الإزهاقِ وهو غيرُ مُسَلَّمِ الانتفاء فيما نحنُ فيه.

وعن الخبرِ معارضتُهُ بقولِهِ عليه السَّلامُ لأبي ثعلبةَ الخُشَنِي[٣]: «إذا أرسَلْتَ كلبكَ المعلَّمَ وذكرتَ اسمَ اللهِ تَعالَى فكُلْ»، فقال أبو ثعلبة: وإن أكلَ منها، قال عليه السَّلام: «وإن أكَلَ»[٤].

(١) جزء من حديث عند البخاري عن عباية بن رفاعة، عن جده، أنه قال: يا رسول الله، ليس لنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل، ليس الظُّفر والسِّنّ، أما الظفر فمُدَى الحبشة، وأما السنُّ فعظمٌ». «صحيح البخاري»، كتاب الذبائح والصيد، باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد، ٥٥٠٣. «صحيح مسلم»، كتاب الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام، ١٩٦٨.

(٢) هذا جزء من حديث عند ابن أبي شيبة عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبيحة بالليط، فقال: «كل ما فرى الأوداج، إلا سِنًّا أو ظُفرًا». «مصنف ابن أبي شيبة»، كتاب الصيد، من قال: إذا أنهر الدم فكُل ما خلا سِنًّا أو عظمًا، ١٩٨١٠. والليط: قشر القصب والقناة، وكل شيء كانت له صلابة ومتانة، والقطعة منه: ليطة. «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير، ٤: ٢٨٦.

(٣) جرثوم بن لاشر بن النضر، صاحب رسول الله ﷺ، بايع تحت الشجرة وضُرِب له بسهمه يوم خيبر، وأرسله رسول الله ﷺ إلى قومه فأسلموا، نزل الشام، وتوفي زمن معاوية. «الاستيعاب» لابن عبد البر، ١: ٢٧٠.

(٤) في الصحيحين دون عبارة «وإن أكل منها»، قال: «وإن أكل»، وعند أبي داود بلفظة: «وإن أكل منه»، وعند الترمذي: «وإن قتل»، قال: «وإن قتل»، وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن»، وقال ابن دقيق العيد معلقًا على حديث أبي داود: «وفي إسناده داود بن عمرو عامل =

وإذا تعارَضَ الخبرانِ سَلِمَ لنا ما ذكرناهُ من الدليل.

[ب/١٢١] كيفَ وأنّ خبرَنا راجحٌ؛ لدَلالتِهِ على الإباحةِ قطعًا، ودلالةُ ما ذكروهُ من النهيِ على التحريمِ ظاهرًا، أو عن المنع بمنعِ كونِ الجارحِ غيرَ مُعَلَّم، ودليلُهُ تسمِيةُ الشَّر[عِ] لَهُ مُعَلَّمًا في الخبَرَين، والأصلُ في الإطلاقِ الحقِيقة.



= واسط، وقد وثَّقه يحيى بن معين، وقال العجلي: ليس بالقوي، وقال أبو حاتم: شيخ». وقال ابن حجر عنه: «صدوق يخطئ». «صحيح البخاري»، كتاب الذبائح والصيد، باب صيد القوس، ٥٤٧٨. «صحيح مسلم»، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الصيد بالكلاب المعلمة، ١٩٣٠. «سنن أبي داود»، كتاب الصيد، باب في الصيد، ٢٨٥٢. «سنن الترمذي»، أبواب الصيد، باب ما جاء ما يؤكل من صيد الكلب وما لا يؤكل، ١٤٦٤. «الإلمام بأحاديث الأحكام» لابن دقيق العيد، ٢:٤٣٦. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص١٩٩.

[١٥٧] ـ مسألة [أكل متروك التسمية]

متروكُ التَّسمِيةِ لا يحرمُ أكلُهُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على نفيِ الحرمةِ فيما إذا تَرَكَ التسمِيةَ ناسِيًا.

لنا أنّ القولَ بالتحريم يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: دليلُ التَّحريمِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، نَهَى عن أكل ما لم يُذكر اسمُ الله عليه، والنهيُّ ظاهرٌ في التحريم، وما نحنُ فيه كذلك، فكان داخِلًا تحتَ العُمُوم.

وأمّا المعنى فهو أنّ اللحمَ صارَ بعرضية التَّوَى[٣] والتَّلَفِ والنتن، ومُشتمِلًا على الدَّمِ المستخبَث، وذلك يناسبُ التحريم؛ تقريرًا للناس على ما أَلِفُوهُ من تجنُّبِ المستقذَرات، والشاهدُ له بالاعتبارِ تحريمُ ما ذُبِحَ مما لا يُؤكَلُ لحمُه، غيرَ أنّا خالفناهُ فيما ذُكِرَ اسمُ الله عليهِ من المأكولِ من حيثُ إنّ التسميةَ تعظيمُ الله تعالى، فناسبَ ترتيبَ الحلِّ عليها؛ حثًّا على تعظيمِ اللهِ تعالى، ولم يُوجَدْ ذلك فيما نحنُ فيه.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٧٠.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٢٩٠. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥١٠. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٨٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٤٠٥.

(٣) التوى: الهلاك، قال مجد الدين: «تَوِي توًى، كرَضِي: هلك». «القاموس المحيط» للفيروزآبادي، =

والجوابُ عن الآيةِ أنّها نزلت في الميتة؛ حيثُ كان الكفّارُ يُجادِلُونَ مع المسلِمينَ فيها، ويقولون: تأكلونَ ما أَمَتُّمُوه، ولا تأكلونَ ما أماتَهُ الله تعالى؟[١] وهي خاصّةٌ بالميتة، بدليل قولِهِ تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

وآكِلُ متروكِ التسميةِ ليسَ يَفسُق، يعتقِدُ كونهُ مجتهدًا فيه، ولا يمكِنُ تخصيصُ ذلك بمن لا يعتقِدُ الحلَّ؛ لما فيه من تقييدِ المطلقِ من غيرِ دليل.

كيفَ وأنه ليس التقييدُ ضرورةَ الوفاءِ بالعموم أوْلَى من تخصيصِ العموم، وتبقيةِ المطلقِ على إطلاقِه؟ بل التخصيصُ أوْلَى؛ لأنَّ أكثرَ العموماتِ مخصَّصة، وليس أكثرُ المطلقاتِ مقيدةً.

[١٢٢/أ] وعن المعنى أنَّ ما ذكروهُ إنما يكونُ مناسِبًا للتحريم أن لو لم يلزم مِنهُ مفسدةٌ مُساوِيةٌ لما ذكروهُ أو راجحة، وأما إذا لَزِمَ فلا.

وبيانُ لزوم المفسدة: أنّهُ يلزمُ من التحريمِ فواتُ مقاصدِ المالك المتعلقةِ بملكه، مع كونِهِ مَعصُومًا، ودفعُ مفسدةٍ بالتزام أُخْرَى لا يكونُ مُناسِبًا.

سلَّمنا المناسبة، ولكن لا بُدَّ من أصل، وغيرُ المأكولِ معارَضٌ فيه بكونِهِ غيرَ مأكولٍ فإنّهُ مناسِبٌ للتحريم، والحكمُ ثابِتٌ على وَفْقه، ولا تحقُّقَ له في الفرع، ثُمَّ هو مَنقُوضٌ بما إذا تَرَكَ التسميةَ ناسيًا، والله أعلم.



= باب الواو، فصل التاء (تو).

(١) «جامع البيان عن تأويل آي القرآن» للطبري، ٩: ٥٢٣.

[١٥٨] ـ مسألة [أكل الجنين الميت الخارج من بطن الشاة المذكاة]

إذا ذَبَحَ شاةً فخرجَ من بطنِها جنينٌ مَيِّتٌ لا يحرُمُ أكلُهُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

لنا أنّ التَّحريمَ يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

فإن قيل: والقولُ بالإباحةِ يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عدمُه.

ثمَّ دليلُ التحريمِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، والجنين ميت فكان داخلًا تحت عموم الآية.

وأمّا المعنَى: فهو أنّ الجنِينَ مُشتَمِلٌ على الدَّمِ المستَخْبَثِ فناسبَ تحريمَه، كما لو خَرَجَ مَيِّتًا بعد موتِ الأمّ، ودليلُ اشتمالِهِ على الدَّمِ أنّهُ كان مُشتَمِلًا على الدَّمِ قبل ذَبحِ الأمّ، وذَبْحُ الأُمِّ لا يُؤَثِّرُ في نَزْفِ دَمِه؛ لعدمِ اتِّصالِ العُروقِ بينهُما؛ بدَليلِ إمكانِ بقائِهِ حَيًّا بعد ذبحِ أُمِّهِ لنزْفِ دَمِه.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: ما سَبَقَ في المسائِل.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٧٢.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٣٠٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥١١. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٢٨٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٤٠٩.

وعن الآية: أنّها مُعارَضةٌ بما رُوِيَ أنّ طائفةً أتَوا إلى النَّبيِّ ﷺ وقالوا: يا رسولَ الله، إنّا نَنْحَرُ الإبلَ ونَذْبَحُ الشّاةَ ونجِدُ في بطونها أجِنّةً مَيِّتةً، أفَنُلْقِيها أمْ نأْكُلُها؟ فقال: «بَلْ كُلُوها»(١).

وهو دليلُ الإباحة، والآيةُ وإن كانت مُتَواتِرةً والخبرُ آحادٌ إلا أنّ الآيةَ عامّةٌ في محلِّ النِّزاع، والخبرُ خاصٌّ فيه فيَتَقابَلان، ومع التَّعارُضِ يَسْلَمُ لنا ما ذكرناه.

وعن المعنى بمنعِ اشتِمالِ الجنينِ على الدَّمِ بعدَ ذَبْحِ أُمِّه، فإنّ غذاءَهُ إنما هو من الدَّمِ المستحِيلِ من غِذاءِ الأُمِّ الواصِلِ [ب/١٢٢] إليهِ في عُرُوقٍ مُتَّصِلةٍ بينهُما، فذَبْحُ الأمِّ يُوجِبُ نَزْفَ دَمِهِ بواسِطةِ العُرُوقِ المتَّصِلةِ بينهُما.

سلَّمنا اشتمالَهُ على ما قال تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ويَدُلُّ عليهِ دلالةُ الخبرِ الذِي ذكرناهُ على حِلِّ أكلِ الجنين، ولو كان دَمُ الجنينِ مُسْتَخْبَثًا لما أُحِلَّ أكلُه.



---

(١) «سنن الترمذي»، كتاب الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين، ٢٨٢٧. «سنن الترمذي»، أبواب الأطعمة، باب ما جاء في ذكاة الجنين، ١٤٧٦، وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن». «سنن ابن ماجه»، كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه، ٣١٩٩.

[الأيمان والنذور]

[١٥٩] ـ مسألة [كفارة اليمين الغموس]

اليمينُ الغَموسُ مُوجِبةٌ للكفّارة عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢]، وصورةُ المسألةِ ما إذا حَلَفَ على شيءٍ في الماضِي كاذِبًا.

وأجمعنا على وجوبِ الكفّارة باليمينِ الكاذِبةِ على أمرٍ ما في المستقبل.

لنا أنّ العلّةَ الموجِبةَ للكفّارة في الأصلِ إن لم تكن موجودةً في الفرع كانت قاصرةً باطلةً، وإن كانت موجودةً فيه لزم الحكم، ولا يخفَى ما يَتَّجِهُ من الاعتراضاتِ الخاصّةِ بالقصُور، وجوابها على ما سَبَقَ في مسألةِ زكاةِ الصبيّ.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ في الفرع؛ لقوله عليه السَّلام: «خمسٌ من الكبائِرِ لا كَفّارةَ فيهِنَّ»[٣].

وعَدَّ اليمينَ الغمُوسَ من جُملتِها.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢١٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٧٨.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٣٩٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٠. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٨٤.

(٣) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة، ٨٧٣٧، قال ابن عبد الهادي: «إسناده جيد». «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي، ٥: ٥٦. ولفظ الحديث عند أحمد: «خمسٌ ليس لهنَّ كفارة: الشرك بالله، وقتل النفس بغير حق، أو بهت مؤمن، أو الفرار يوم الزحف، أو يمين صابرة يقتطع بها مالًا بغير حق».

وجوابُه: أنّهُ لا يَلزمُ من نَفْيِ شرعِ الخِصالِ بجهةِ الكفّارة نفيُ وجوبها مُطلَقًا؛ فإنّ الوجوبَ مُطلَقًا أعمُّ من الوجوبِ بجهةِ الكفّارة، ولا يَلزمُ من نَفْيِ الأخَصِّ نَفْيُ الأعَمّ، والوجوبُ العامُّ هو الذِي رُمْنا تَعْدِيَتَهُ من الأصلِ إلى الفرعِ دونَ الخصوص، وعلى هذا القولُ بموجبِ الخبر.



[١٦٠] ـ مسألة [تكرار إخراج الكفارة إذا أخرجها قبل الحنث]

إذا أخرجَ خَصلةً من خِصالِ الكفّارة قبلَ الحنثِ لا تَجِبُ عليهِ الكفّارةُ بعد الحنثِ عندنا(١)، خِلافًا لأبي حنيفة(٢).

لنا أنّ الوجوبَ بعدَ الحنثِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإن قِيل: دليلُ الوجوبِ بعدَ الحنثِ النَّصُّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله عليهِ السَّلام: «مَنْ حَلَفَ على شَيْءٍ وَرَأى غَيْرَهُ خَيْرًا منهُ فليأتِ به، ثُمَّ لِيُكَفِّرْ عن يمينِهِ»(٣)، أمرٌ بالتكفيرِ بعد الحنث، والأمرُ ظاهِرٌ في الوجوب.

وأمّا المعنى فهو أنّا أجمعنا على أنّهُ لو لم يُكَفِّرْ قبلَ الحنثِ وَجَبَتْ [أ/ ١٢٣] عليهِ الكفّارةُ بعد الحنث، والوجوبُ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عدمُ تأثيرِ عدمِ الإخراجِ قبل الحنثِ في الوجوبِ [فيـ]ـما وراءَه، [و] هو التسَبُّب، وهو مُتَحَقِّقٌ بعد الحنث.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٢٣٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٨١.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٤٢٤. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٨٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٧٩.

(٣) «صحيح مسلم»، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يمينًا فرأى غيرها خيرًا منها أن يأتي الذي هو خير ويُكفِّر عن يمينه، ١٦٥٠، ولفظه عنده: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير، وليُكفِّر عن يمينه».

والجوابُ عن الخبر: أنّهُ مُعارَضٌ بما رُوِيَ عنهُ [ﷺ] أنّهُ قال في روايةٍ أُخْرَى: «فَلْيُكَفِّرْ عَن يمينِهِ ثمَّ ليأتِ بِهِ»[1].

ومع التَّعارُضِ يُسَلَّمُ لنا ما ذكرناه.

وعن المعنى أنّهُ وإن لم يكن عَدَمُ التَّكفيرِ قبلَ الحنثِ داخِلًا في سَبَبِ الوجوب، ولكِنّا لا نُسَلِّمُ دُخولَ سببِ الوجوبِ بعدَ الحِنثِ دُونَه، فكان شَرْطَ السَّبَب، وإذا وُجِدَ التَّكفيرُ قبلَ الحِنثِ فقَدْ فاتَ شَرطُ سببِ الوجوبِ بعدَ الحِنثِ فلا سَبَب، وفيه دِقّةٌ فلْيُتَأَمَّلْ.



(١) تقدم تخريجه.

[١٦١] ـ مسألة [لزوم نذر صوم يوم العيد وأيام التشريق]

نَـذْرُ صومِ يومِ العيدِ وأيّامِ التَّشـريقِ لا يَصِـحُّ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ؛ فإنّـهُ قـال: يَصِـحُّ النَّذر، والأَوْلَى أن يَصُـومَ في غيرِ هذِهِ الأيّـام، وإن صامَ فيها خَرَجَ عن العُهْدةِ[٢].

لنا أنّ القولَ بصِحّةِ النَّذرِ يَلْزَمُهُ أحَدُ ممتنِعَينِ فيمتنع.

بيانُ الملازمة أنّهُ لو صحَّ إما أن يَصِحَّ مُوجِبًا للصومِ فيما عَيَّنَهُ من الأيّامِ أو لا فيما عَيَّنَه.

والأوّل خِلافُ الإجماع.

والثّاني ممتنِعٌ؛ إذ هو خلافُ ما أشْعَرَ به لفظُه، والأصلُ اعتبارُ اللفظِ فيما أشْعَرَ به، ويَلْزَمُ مِنِ امتناعِ اللازِمِ امتناعُ الملزُوم.

فإن قيل: قولُه: للهِ عليَّ أن أصُومَ يومَ العيد، مُشْعِرٌ بالتِزامِ أصْلِ الصَّومِ وإيقاعِهِ في الزَّمانِ المعيَّن، فإذا تَعَذَّرَ اعتبارُهُ في إيجابِ الصَّومِ في الزَّمـانِ المعيَّنِ بالإجماعِ بَقِيَ اعتبارُ قوله: للهِ عليَّ أن أصومَ يومًا، وهو الأُولَى؛ حَذَرًا من مخالَفةِ الإشعارِ بالكُلِّيّة، ولما فيه من المبالغةِ في تصحِيحِ تَصرُّفِ العاقِلِ بأقْصَى الإمكان، وصارَ كما لو نَكَحَ امرأةً على خَمْرٍ أو خِنزِيرٍ فإنّهُ وإن لغى ما

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني، ١٨: ٤٥٤. «البيان» للعمراني، ٤: ٤٧٣.

(٢) «التجريد» للقدوري، ٣: ١٥٧٦. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٢.

عَيَّنَهُ من الخمرِ والخِنزير فإنّ النِّكاحَ يَبْقَى مُنْعَقِدًا على مَهْرِ المِثْل، وكذلِكَ لو نَذَرَ أن يُصَلِّيَ في مَسْجِدٍ عَيَّنَهُ من مَساجِدِ بغداد، فإنّهُ [ب/١٢٣] يَلْغُو تَعْيِينُهُ ويَبْقَى النَّذرُ مُعتَبَرًا في إيجابِ أصْلِ الصَّلاة.

والجواب: أنّ ما ذكروهُ مَبْنِيٌّ على أنّ نَذْرَهُ مُشْعِرٌ بالتِزامِ أمْرَين، وليسَ كذلك، بل هو مُشْعِرٌ بالتِزامِ صومٍ مُقَيَّدٍ بقيودٍ خاصّة، فما لا يَكُونُ مُقَيَّدًا بتلكَ القُيُودِ لا نُسَلِّمُ إشعارَ لفظِهِ بِهِ حتَّى يكونَ فيما ذكروهُ موافقةُ الإشعارِ من وجهة.

وما ذكروهُ من مصلَحةِ المحافظةِ على تَصَرُّفِ النّاذِرِ مُعارَضٌ بما في جانبنا من مُوافَقةِ النَّفْيِ الأصْلِيّ وبراءةِ الذِّمَّة، ومُوافَقةِ قولِهِ عليه السَّلام: «لا نَذْرَ في مَعْصِيةِ الله»(١).

مع دَلالةِ نهيِهِ عليهِ السَّلامُ عن صَوْمِ يومِ العِيدِ وأيّامِ التَّشرِيقِ بقولِه: «..لا تَصُومُوا هَذِهِ الأيّام..»(٢).

وظهورُ النَّهْيِ في التَّحرِيم، وما ذكروهُ من الأحكام مُعارَضٌ بأحكامٍ أُخَر، وهو أنّهُ لو قالتِ الحائض: لله عليَّ أن أصُومَ أوْ أُصَلِّي أيّامَ حَيْضِي، لَغَى نَذْرُها

---

(١) «صحيح مسلم»، كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد، ١٦٤١.

(٢) «مسند أحمد»، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة، ١٠٦٦٤، قال النسائي معلقًا على سنده: «صالح هذا هو ابن أبي الأخضر، وحديثه هذا خطأ، لا نعلم أحدًا قال في هذا: سعيد بن المسيب؛ غير صالح، وهو كثير الخطأ، ضعيف الحديث في الزهري، ونظيره محمد ابن أبي حفصة، وكلاهما ضعيف، وروح بن عبادة ليس بالقوي عندنا»، وقال العجلوني: «له طرقٌ، صحَّحَها ابنُ حجرٍ وغيره». «السنن الكبرى» للنسائي، كتاب الصيام، ذكر الاختلاف على الزهري، ٢٨٩٦. «كشف الخفاء» للعجلوني، ١: ٣١٧.

مُطلَقًا، وكذلِكَ لو قال: للهِ عَلَيَّ أنْ أذْبَحَ شاةَ زَيد، أو ذَبْحَ والِدِي، أو أقْتُلَ وَلَدِي؛ لَغَى نَذْرُهُ مُطلَقًا، وإذا تعارَضَتِ التَّرجِيحاتُ من الجانِبَينِ سَلِم لنا ما ذكرناهُ من الدَّلِيل.



[١٦٢] ـ مسألة [نذر ذبح الولد]

نَذْرُ ذبحِ الولدِ غيرُ صحيحٍ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ فإنّهُ قال: يلزمُهُ ذبحُ شاةٍ[٢].

وقد أجمعنا على إلغاءِ نذرِهِ فيما إذا قال: لله عليَّ أن أذبحَ والدايَ[٣]، أو أقتلَ وَلَدِي.

لنا في المسألةِ تحريرًا أو اعتِراضًا وانفصالًا ما سَبَقَ في المسألةِ التي قبلها، فلا حاجةَ إلى إعادتِه.

وتختَصُّ هذهِ المسألةُ بسؤالٍ آخر: وهو أن يُقال: تَعَذَّرَ اعتبارُ نَذْرِ ذَبْحِ الولدِ في وجوبِ ذبحِ الولد، وفي غيره لغةً، فلِمَ قُلتُمْ بامتناعِ اعتبارِهِ في وجوبِ ذَبْحِ الشّاةِ شرعًا.

وبيانُ ذلك: أنّ إبراهيمَ أُمِرَ بذبحِ ولدِهِ إسماعيل، بدليلِ قولِ ولدِهِ إسماعيل: ﴿يَـٰٓأَبَتِ ٱفْعَلْ مَا تُؤْمَرُ﴾ [الصافات: ١٠٢]، وكان أمْرُهُ بذبحِ ولدِهِ موجِبًا لذبحِ الشّاةِ بطريقِ الفداء؛ بدليلِ قولِهِ تعالى: ﴿وَفَدَيْنَـٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧].

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤٢٣.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٥٠٧. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٣. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٨١. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٦٨.

(٣) لغة الجمهور النصب «والدَيَّ»؛ لأنه منصوب على المفعولية، وإلزام المثنى الألفَ في سائر الأحوال لغة بني الحارث بن كعب، وبني الهجيم وبني العنبر. ينظر: «شرح تسهيل الفوائد» لابن مالك، ١: ٦٢.

وجَعْلُ الشّاةِ بَدَلًا عن ذلك يَدُلُّ على أنّها قائمةٌ مقامَ الأصلِ في مقصودِه، [أ/ ١٢٤]
وإن كان على نوعٍ من القصورِ والنُّقصان، والنَّذرُ في اقتضاءِ وجوبِ الذَّبح كالأمر، فإذا تَعَذَّرَ تحصيلُ الذبحِ وَجَبَ المصِيرُ إلى الشّاةِ بَدَلًا عنهُ؛ لأنّ نسبةَ البدلِ إلى المبدَلِ في الصُّورَتَينِ نسبةٌ واحدة.

وجوابُه: لا نُسَلِّمُ [أنّ] وجوبَ ذبحِ الشّاةِ كان مُستنِدًا إلى الأمرِ بذبحِ الولد، بل أمكنَ أن يُقالَ: ذبحُ الولدِ كان واجبًا ونسخَ وجوبَ ذبح الشّاة، ويكونُ تسميتُها فداءً باعتبار حلولِ محذورِ الذَّبحِ بها، واندفاعُهُ عن إسماعيلَ بعدَ تَوَجُّهِهِ نحوه.

وإن سلَّمنا أنّ وجوبَ الشاةِ كان بالأمرِ المتوجِّهِ نحو إسماعيل، غيرَ أنّ ذلك كان في شرعِ إبراهيم، وشرعُنا ناسخٌ له.

سلَّمنا لُزومَ ذلك للأمرِ بالذَّبح، ولكن لا يلزمُ مثلُه في النَّذرِ لوجهَين:

الأوَّل: أنّ اقتضاءَ الأمرِ للوجوب أتَمُّ من النَّذر، فإنّهُ يُفيدُ الوجوبَ في أيِّ فعلٍ تعلَّقَ به، وإن كان قبل تعلُّقِه به معصيةً، والنذرُ فلا يفيدُ الوجوبَ إلا فيما هو طاعةٌ وقُربة.

الثاني: أنّ المرعِيَّ في الوجوبِ ما فيه من مقصُودِ الابتلاءِ والامتحان، والابتلاءُ والامتحانُ في الفعلِ اللازمِ بأمرِ الله تعالى أتمُّ منهُ في الفعلِ الذي يُلزَمُ المكلَّفُ بالتزامِهِ اختِيارًا، ومع هذا التَّفاوُتِ يمتنعُ القياس.



مسائل الأقضية

[١٦٣] ـ مسألة [نفوذ القضاء على الغائب]

القضاءُ على الغائبِ ولَهُ نافذٌ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ فيهما[٢].

وقد أجمعنا على جوازِ إقامةِ البيِّنةِ للنَّقلِ إلى قاضِي البلدةِ التي فيها الخصمُ ليَحكُمَ بها.

وأجمعنا على أنّهُ لو قَذَفَ عبدٌ حُرًّا فادَّعَى المقذوفُ أنّ سَيِّدَ القاذفِ أعتَقَهُ ليُقامَ عليهِ حَدُّ الأحرارِ، وأقامَ على ذلك بَيِّنةً، وكان سيِّدُهُ غائبًا؛ قُضِيَ ببيِّنَتِه، وهو قضاءٌ على السَّيِّدِ الغائب.

لنا أنّ الأصلَ عدمُ تأثيرِ الفارقِ بينَ الأصلِ والفرعِ فوَجَبَ الجمع.

/ فإن قيل: والأصلُ عدمُ تأثيرِ الجامع، وليس أحَدُ الأمرَينِ أوْلَى من الآخَر. [ب/ ١٢٤]

كيفَ وأنّ القاذفَ في الأصلِ مُؤَثِّر؟

وبيانُه: أنّ العبدَ في الأصل له تَشَوُّفٌ إلى القدحِ في الشُّهود؛ لدَفعِ ما ينالُهُ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٣٥. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٨٣.

(٢) «التجريد» للقدوري، ١٢: ٦٥٥٤. «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٤. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٣٩٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٥٩.

منَ الضَّرَرِ بزيادةِ الجلداتِ على حَدِّ العبيدِ بتقديرِ الحرِّية، فإذا عجزَ عن ذلك مُنضَمًّا إلى عجزِ القاضِي فيُزادُ عليهِ ظَنُّ القاضِي بصدقِ الشُّهود، وهو مُناسِبٌ في الحكم، ثابتٌ على وفقِه، وهو غيرُ مُتَحَقِّقٍ في محلِّ النزاع.

وإن سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على صِحّةِ القضاء، لكِنَّهُ مُعارَضٌ بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليه السَّلامُ لعَلِيّ: «لا تَحكُمْ لأحدِ خصمَينِ حتَّى تسمع كلامَ الآخَر؛ فإنّكَ إذا سمعتَ كلامَهُ عَرَفْتَ كيفَ تَقْضِي بينهُما»[1].

وفيما نحنُ فيه لم يَسْمَعِ القاضِي كلامَ الخصمِ بعينِهِ فامتنعَ القضاءُ به.

وأمّا المعنَى فهو أنّ القضاءَ إلزام، بدليلِ أنّهُ يصِحُّ بقولِهِ: أَلْزَمْت، وذلك إنما نحتاجُ إليهِ في حقِّ المنكِر، والغائبُ لم تَبْلُغْهُ الدَّعوَى فيمتَنِعُ تقديرُ كونِهِ مُنكِرًا.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: بترجيحِ العملِ بالجامع؛ لما فيه من التَّعدِيةِ والقصورِ فيما ذكروه.

وعن الثاني أنّ ما ذكروهُ من تَشَوُّفِ العبدِ إلى جرحِ الشُّهُود؛ دَفْعًا لما ينالُهُ من زيادةِ الجلداتِ مُعارَضٌ باحتمالِ تَشَوُّفِهِ إلى تعديلِهِمْ؛ دَفْعًا لما يَنالُهُ من ضررِ الرِّقِّ الدائمِ بالتزامِ ضررٍ يسيرٍ يَزُولُ على قُرْبٍ من الزَّمان.

(١) «سنن أبي داود»، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، **٣٥٨٢**. «سنن الترمذي»، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، **١٣٣١**، ولفظه عند أبي داود أن عليًّا عليه السلام قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضيًا، أو ما شككت في قضاء بعد»، وقال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن».

كيفَ وأنّهُ لا يَسْعَى في الجرحِ بتقدِيرِ تَساوِي المحذُورَينِ في نَظَرِه؛ لما فيه منِ التزامِ حرجِ الجرحِ من غيرِ فائدة، ولا بتقديرِ ترجيحِ احتمالِ التَّعدِيل، وإنما يَسْعَى في الجرحِ بتقديرِ تَرَجُّحِهِ في نَظَرِه، ولا يخفَى أنّ وُقُوعَ احتمالٍ مِنِ احتمالَينِ أغلبُ من وقوعِ احتمالٍ واحدٍ بعينِه.

وعن المعارضةِ بالنَّصّ: بمنعِ وجودِ القضاءِ فيما نحنُ فيه دونَ سماعِ [أ/ ١٢٥] كلامِ الخصم، فإنّ خصمَهُ مَنْ يواجهُهُ بالمنازعة، وهو الوكيلُ المنصوبُ من جهةِ القاضِي عن الغائب.

كيفَ وأنّا قد خالفناهُ في الأصلِ المذكُور؟

وببيانِ أنّ ما بهِ المخالفةُ مُتَحَقِّقٌ في مَحلِّ النِّزاع.

وعن المعارضةِ بالمعنَى أنّهُ مُلْغًى بالأصلِ المذكُور.



[١٦٤] ـ مسألة [صحة القضاء بالنكول دون يمين المدعي]

القضاءُ بالنُّكولِ لا يَصِحُّ عندنا دونَ يمينِ المدَّعِي[١]، خِلافًا لأبي حنيفةَ في الأموالِ[٢].

وقد أجمعنا على امتناعِ ذلك في الحدودِ والدِّماء.

لنا أنّ القولَ بالصِّحّةِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإن قيل: والقولُ بالبطلانِ يَسْتَدْعِي دليلًا، والأصلُ عَدَمُه، وليس أحدُ الأمرَينِ أوْلَى من الآخَر، ثم بيانُ دليلِ الصِّحّةِ أنّهُ قد وُجِدَ ما يَدُلُّ على صِدْقِ المدَّعِي ظاهِرًا، وذلك لأنّ الظاهرَ من كونِهِ عاقلًا مُكَلَّفًا مُعتقِدًا لتحريمِ الكذبِ أن يكونَ صادِقًا في دعواه، وقد اعتَقَدَ ذلك بنُكُولِ المدَّعَى عليهِ عن اليمين، وذلك يَدُلُّ على كذِبهِ في الإنكار؛ لأنّهُ لو كان صادِقًا فيه فالظاهِرُ أنّهُ لا يمتنِعُ عن اليمينِ الصّادِقة، مع كونها نافعةً له في العاجل؛ بصيانةِ ملكِهِ عن الفوات، وظهورِ صدقِهِ في إنكارهِ للنّاس، ولا ضررَ عليهِ بسبَبِها في الآجِل، ويلزمُ من ظهورِ صدقِهِ في الدَّعوَى صحّةُ الحكمِ له؛ مبالغةً في اتِّصالِ حقِّهِ إليه، ودفعًا للضَّرَرِ عنهُ؛ لقوله عليه السَّلام: «نحنُ نحكمُ بالظّاهِرِ»[٣]، وقوله: «لا ضررَ ولا

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٣٩. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٨٨.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٣٧. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٣٩٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٥٤.

(٣) قال ابن الملقن: «هذا الحديث غريب لا أعلم من خرجه من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها، وسُئِل عنه حافظ زماننا جمال الدين المزي فقال: لا أعرفه، وقال النسائي في =

ضِرارَ في الإسلامِ»[١].

سلَّمنا أنّ صِدقَ المدَّعِي في دعواهُ مرجوحٌ بالنظرِ إلى صِدقِ المنكِر، غير أنّ النظرَ إلى أصلِ الظهورِ في جانِبه، واحتمالُ صدقِهِ مُوجِبٌ لتسليمِ المدَّعِي به؛ دفعًا للضَّرَرِ عنه، وحيثُ تَعَذَّرَ ذلك لترجيحِ صدقِ المنكِرِ على صِدقِهِ؛ لمشاركةِ المنكِرِ لْلمُدَّعِي في الأمورِ الموجِبةِ للصِّدقِ، وترجُّحِهِ عليه باليدِ إن كان المدَّعَى عينًا، والبراءةِ الأصليةِ إن كان المدَّعَى به دينًا، جَعَلَ الشارعُ للمدَّعِي اليمينَ بَدَلًا [ب/ ١٢٥] عن تسليمِ المدَّعَى بِهِ إليه؛ لكونها نافعةً له؛ لما يحصلُ له بها منَ التَّشَفِّي بالمنكِرِ؛ لاعتقادِهِ تأثيمَهُ باليمينِ الكاذبةِ في زَعْمِه، ولا ضرَرَ على المدَّعِي بسبَبِها؛ لكونهِ بارًّا في يمينِهِ بزعْمِه؛ جمعًا بينَ الرّاجِحِ والمرجُوحِ بأقْصَى الإمكان، ويَدُلُّ على أنّ شرعَ اليمينِ بطريقِ البَدَلِيّةِ عن حَقِّ المدَّعِي أنّها حَقٌّ لَه.

ودليلُهُ أمران:

الأوّل: قولُهُ عليه السَّلامُ لمُدَّعٍ في بعضِ الوقائع: «لَكَ يَمِينُهُ»[٢].

= «سننه»، باب الحكم بالظاهر، ثم أورد حديث «إنما أنا بشر...»». «البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير» لابن الملقن، ٩: ٥٩٠. وحديث «إنما أنا بشر» الذي ذكره الإمام النسائي في معنى هذا الحديث هو ما روته أم سلمة رضي الله عنها، زوج النبي ﷺ عن رسول الله ﷺ، أنه سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صدق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها». «صحيح البخاري»، كتاب المظالم والغصب، باب إثم مَن خاصَمَ في باطل وهو يعلمه، ٢٤٥٨. «صحيح مسلم»، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، ١٧١٣.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «صحيح مسلم»، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، ٢٢٣، ولفظه عنده: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: =

أضافها إليهِ بلامِ الاختِصاص، وهو دليلُ استحقاقِهِ لها.

الثاني: أنّهُ يَتَمَكَّنُ من المطالبةِ بها، والأصلُ أن لا يَتَمَكَّنَ الإنسانُ بمطالبةِ ما لا يكونُ حَقًّا لَه، وإذا كانتِ اليمينُ حَقًّا للمدَّعِي وليستْ هي المقصودَ الأصلِيَّ؛ لعدمِ دعواهُ بها، ولا وسيلةَ إلى حُصولِ مقصُودٍ من المدَّعَى به؛ لأنّها تَحُولُ بينَهُ وبينَهُ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ بَدَلًا عن حَقِّه، وبِنُكُولِ المنكِرِ قد مُنِعَ من الوصولِ إلى بدلِ حقِّهِ، فناسَبَ الرُّجوعَ إلى الأصلِ كما في سائرِ الأبدالِ والمبدلات، كالبيعِ والنِّكاحِ والإجارةِ ونحوِه.

والجوابُ عن الأوَّل أنّهُ لا معنى للبطلانِ سوى عدمِ الصِّحّة، ودليلُهُ انتفاءُ مداركِ الصِّحّةِ كما سبق.

وعن الثاني بمنعِ ظهورِ صدقِ المدَّعِي، فإنّ كلَّ ما وُجِدَ في حقِّ المدَّعِي من الأسبابِ الموجِبةِ لصدقِهِ في دعواهُ مُتَحَقِّقٌ في حقِّ المنكِرِ مع تَرَجُّحِهِ باليدِ أو البراءةِ الأصلِيّة، ولهذا قنعَ منهُ بأدنَى الحُجَّتَينِ وهي اليمين، وإلزامُ المدَّعِي بأعلَى الحُجَّتَينِ وهي البَيِّنة، ونكولُهُ عن اليمينِ يحتملُ أنّهُ كان خوفًا من أن يُوافِقَ قَضاءٌ قدَرًا، فيُقالُ: هَلَكَ بشُؤْمِ يمِينِه، كما جَرَى لعُثمانَ(١)، أو

= يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟»، قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: «أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه مُعرِض».

(١) روى ابن القاصِّ بسنده عن الشعبي، أن المقداد بن الأسود استسلف من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما أتاه بها أتاه بأربعة آلاف، فقال له عثمان: إنها كانت سبعة آلاف، فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة آلاف، قال: فلم يزالا حتى ارتفعا إلى عمر بن الخطاب، =

لمراجعةِ جريدة، ونظرٍ في حساب، أو لما فيها من الابتِذالِ والامتِهانِ العُرْفيّ، مع أنّ النُّكولَ مُعارَضٌ بعجزِ المدَّعِي عن إقامةِ البيِّنةِ بمُدَّعاه، مع أنّ الظاهِرَ [أ/١٢٦] أنّ كلَّ من كان لهُ ملكٌ أن يطَّلِعَ النّاسُ ومعارِفُ الملك عليه.

وعن الثالث بمنعِ كَونِ الدَّينِ بَدَلًا عن تسليمِ المدَّعَى به إلى المدَّعِي، ودليلُهُ أنّهُ لو أقامَ المدَّعِي بيِّنةً بعد يمينِ المدَّعَى عليهِ سُلِّمَ إليهِ المدَّعَى به، ولا عهدَ لنا في الشَّرعِ بالجمعِ بينَ البَدَلِ والمُبدَل.



= وذلك في خلافته، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين، ليحلف أنها كما يقول وليأخذها، فقال عمر: قد أنصف، احلف كما تقول وخذها، قال: فقال عثمان: لا أحلف، قال: أما لا فخذ ما أعطاك، قال: فأخذها، فلما قام المقداد قال: يقول عثمان: والله إن كانت لسبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جُعِلَ ذلك إليك؟ «أدب القاضي» لابن القاصّ، ١: ٢٨٣.

[١٦٥] ـ مسألة [ثبوت قضاء القاضي في باطن الأمر]

قضاءُ القاضي يُثبِتُ أحكامَ الظاهرِ دونَ الباطنِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة في العقودِ والفُروجِ، فإنّهُ قال: يُفيدُ أحكامَ الظّاهرِ والباطنِ معًا[٢]، وصورةُ المسألةِ ما إذا أقامَ شُهودَ اللزُومِ على دعوَى نكاحٍ أو طلاقٍ أو عتق.

وأجمعنا على عَدَمِ النُّفوذِ باطِنًا فيما إذا كانتِ الشَّهادةُ على الملكِ المطلق، أو على نكاحِ مَنْ هِيَ أَختُهُ من الرَّضاع.

لنا أنّ القولَ بنُفُوذِ القضاءِ باطِنًا يَستدْعِي دليلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإن قيل: بيانُ دليلِ النُّفوذِ من وجهَين:

الأول: أنّ عدمَ النُّفوذِ باطِنًا مُفْضٍ إلى النِّزاعِ والخِصامِ بينَ الزَّوجَين، [بـ] سبب امتناعِ الزَّوجةِ من تَسلِيمِ نفسِها وتمكينِها للزَّوجِ من الوطء؛ لعلمِها بأنّها أجنبيّةٌ مُحرَّمةٌ عليه في نَفْسِ الأمر، ومطالبةُ الزَّوجِ لها بالوطءِ بحكمِ القاضِي لهُ بالنكاحِ وهو إضرار، فناسبَ النُّفوذَ باطِنًا؛ دفعًا له، والشّاهِدُ له بالاعتبارِ القضاءُ في المجتهَدات، كقضاءِ القاضِي الشَّفعَويِّ بصحةِ رَجعةِ الزوجِ الشافعيِّ لزَوجتهِ الحنفيةِ بعد طلاقِها بالكنايـة، فإنّـهُ يَنفُذُ القضاءُ باطِنًا، حتى إنّهُ يجبُ على الزوجةِ التَّمكِينُ من الوطءِ في نفسِ الأمر، وإن كان ذلك على خلافِ مُعتقدِهِما.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٨٥.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٨. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، =

الوجه الثاني: هو أنّ القضاءَ إظهارٌ للمحكوم به، فإذا لم يكن المحكومُ به ثابتًا في نفسِ الأمرِ ناسَبَ تقدير إنشائِهِ قُبيلَ القضاء؛ تصحيحًا له كما تَقَدَّرَ انتقالُ الملك؛ ضرورةَ وقوعِ العتقِ عَمَّن قال لغيره: أعتق عبدكَ عَنِّي على ألف، سابقًا على العتق؛ ضرورةَ صِحّةِ التماسِه، بل اعتبارُ قضاءِ القاضِي في ذلك أَوْلَى؛ لكونِهِ ثابتًا عن الله عزَّ وجلّ.

والجوابُ عن الوجهِ الأوَّل: بمنعِ نُفُوذِ القضاءِ باطِنًا في الأصلِ المستشهَدِ [ب/٢٦] به، وهو المجتهَدات، بناءً على قولنا: إنّ المصِيبَ من المجتهدينَ واحد.

وإن سلَّمنا ذلك، لكنَّهُ من بابِ ترجيحِ أَحَدِ الظَّنَّينِ على الآخَر؛ لاتِّصالِ حُكمِ القاضِي به، وليس ذلك نَظِيرًا لما نحنُ فيه، بل نَظِيرُهُ الحكمُ بالاجتهادِ مع مُخالَفةِ النَّصِّ القاطع، فإنه لا يَنفُذ، ثمَّ هو مَنقوضٌ بالقضاء، بناءً على الشهادةِ بالملكِ المطلَق، وبنكاحِ مَنْ هِيَ أُختُهُ من الرَّضاع، فإنّ كلَّ ما ذكروهُ موجودٌ فيه، ولا ينفذُ باطِنًا، ولا يُمكِنُ أن يُقالَ بعَدَمِ نُفُوذِ البيعِ في الملكِ المطلق؛ لتَعارُضِ الأسبابِ فيه مع أنّ البيعَ هو السَّببُ الغالِب، وبهِ إبطالُ ما ذكروهُ من الوجهِ الثّانِي أيضًا.



= ص٣٨٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٥٠.

مسائل الشهادات

[١٦٦] ـ مسألة [قبول شهادة التائب المحدود في القذف]

المحدودُ في القذفِ إذا تابَ بعدَ إقامةِ الحدِّ قُبِلَتْ شهادتُهُ عِندَنا[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على إقامةِ الشَّهادةِ إذا تابَ قبلَ إقامةِ الحدِّ عليهِ[٣]، وكذا لو تابَ بعدَ إقامةِ الحدِّ عليهِ أو قبلَهُ[٤].

لنا أنّ الإجماعَ مُنعقِدٌ على قَبُولِ شهادتِهِ إذا تابَ بعدَ إقامةِ حَدِّ الزِّنا عليه، ولا فارِقَ بينَ الأصلِ والفَرْعِ سوى كونِ الجنايةِ في الأصلِ زنًا، وفي الفرعِ

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٥٢. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤١٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٣٦. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٣٧٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٤٥.

(٣) إذا تاب قبل إقامة الحد عليه تُقبَل شهادته؛ لأنه عند الحنفية محكوم بكذبه بإقامة الحد عليه، فما لم يُحَدَّ فهو غير محكوم بكذبه، وأما إذا حُدَّ فلا تُقبَل شهادته أبدًا، أما الشافعية فمدار الأمر عندهم على التوبة، فمتى ما حصلت قُبِلت الشهادة، سواء أقيم الحد أم لا، وبناء على هذا فمحل اتفاق الفريقين فيما إذا تاب قبل إقامة الحد عليه فإنه تُقبَل شهادته. انظر «المبسوط» للسرخسي، ١٦: ١٢٥، ١٢٨. «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي، ٨: ٢٨٢.

(٤) كذلك ورد في المخطوط، ولعله وهم من الناسخ؛ لأنه تكرار للمسألة الخلافية، والمسألة الإجماعية بين الفريقين.

قذفٌ بالزِّنا، والأصلُ عدَمُ تأثيرِ ما اختصَّ به في الأصلِ في الاقتِضاء، وعدم تأثيرِ ما اختصَّ به الفرعُ في المنع، فوجبَ الجمعُ بينهما في الحكم.

فإن قيل: والأصلُ عَدَمُ تأثيرِ الجامِعِ في الاقتِضاء، وليسَ أحَدُ الأمرَينِ أوْلَى من الآخَر.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على القَبُول، ولكِنَّهُ مُعارَضٌ في الفرعِ بما يَدُلُّ على نَفْيِ القَبُول.

وبيانُهُ من جِهةِ النَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا﴾ [النور: ٤].

نَهَى عن قَبُولِ كلِّ شهادةٍ للرّامِي بصفةِ التأبيد؛ لأنّ الشَّهادةَ المذكورةَ في الآيةِ نَكِرة، وقد دَخَلَ عليها [١٢٧/أ] النَّهيُ فيَعُمُّ كلَّ شهادة.

وأمّا المعنَى فهو أنّ القذفَ جِناية، وردُّ شهادةِ القاذفِ صالحٌ أن يكونَ عُقُوبةً؛ لما فيه من إهانتِهِ وإذلالِه، فكان القَذفُ مُناسِبًا؛ زجرًا للقاذفِ عن جنايةِ القذف، وذلك يُناسِبُ الرَّدَّ بعدَ التوبةِ أيضًا؛ إذ هو أبْلَغُ في الزَّجر، والشّاهِدُ له بالاعتبارِ عُقوبةُ الجلد، فإنّها لا تَسقُطُ بعدَ التَّوبة.

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: ما سَبَقَ غيرَ مَرّة.

وعن الآية: أنّها حُجّةٌ لنا؛ حيثُ إنّهُ تعالى استثنَى في آخِرِها بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٥]، والاستثناءُ عَقِيبَ الجُمَلِ المعطوفِ بَعضُها على بعضٍ يَعُودُ إلى الكُلِّ ظاهِرًا.

فإن قيل: لا نُسَلِّمُ إمكان عَوْدِ الاستثناءِ إلى النَّهيِ عن قَبُولِ الشَّهادةِ إلا أن

تكونَ الواوُ في قَولِه: ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ﴾ [النور: ٤] واوَ العطفِ على قوله: ﴿ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا ﴾ [النور: ٤]، وليسَ كذلِك، بل هِيَ واوُ الابتداء، وذلك لأنّ المعطوفَ اسم، والمعطوفُ عليهِ فِعل، والاسمُ لا يُعطفُ على الفعل.

وإن سلَّمنا إمكان عطفِ الاسمِ على الفعل، غيرَ أنّهُ يَتعَذَّرُ عَوْدُ الاستثناءِ هاهُنا إلى جميعِ الجُمَلِ السّابقة؛ لوَجهَين:

الأوَّل: أنّ قولَه: ﴿ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا ﴾ يَدُلُّ على نفيِ قبولِ كلِّ شهادةٍ تُوجَدُ من القاذِف؛ لأنّ الاستثناءَ من النَّفيِ إثبات، وهو ممتنِع، بدليلِ ردِّ شهادتِهِ لابنِهِ وعلى عَدُوِّه.

الثّانِي: خُروجُ الجلدِ عنه.

قلنا: الجوابُ عن الأوَّلِ أنّ الواوَ ظاهرةٌ في العطف، وإنما تُصرَفُ إلى الابتداءِ بدَليل، والأصلُ عَدَمُه.

قولهم: إنّ الاسمَ لا يُعطَفُ على الفعلِ مُسَلَّم، غيرَ أنّ المقصُودَ من الآيةِ إنّما هو بَيانُ أحكامِ الرَّمْي، فكأنّهُ قال: حكمُ الرَّميِ الجلد، وردُّ الشَّهادة، والحكمُ بالفِسق، فكان عطفًا للاسمِ على الاسم.

وعن الثّاني أنّ الاستثناءَ يَدُلُّ على أنّهُ لم يَرِدْ في المستثنَى لما دَلَّ عليهِ اللفظِ في المستبقَى، وهو ردُّ [ب/١٢٧] كلِّ شهادة، وذلك مُتَحَقِّقٌ بقَبُولِ بعضِ الشَّهاداتِ دُونَ البعض، ولا يَتوَقَّفُ على قَبُولِ كلِّ شهادةٍ لَه.

وعن الثّالِث أنّهُ لا يَلزَمُ من مخالفةِ الظّاهِرِ في بعضِ ما هو دليلٌ عليهِ مخالَفَتُهُ في الباقي، إلا أن يكونَ ما لأجلِهِ المخالفةُ مُتَحَقِّقًا في الباقِي، والأصلُ عَدَمُه.

وعن المعنى أنّ ردَّ الشهادةِ قبلَ التَّوبةِ لم يكن لكونِ ذلك عُقُوبةً له، بل لعدمِ المقتضي لقَبُولِ الشَّهادة، وهو الظَّنُّ الحاصِلُ من شَهادةِ العَدل، وهو أَوْلَى؛ نَفْيًا للتَّعارُضِ بينَ المانِعِ والمقتضي.

كيف وأنّ ما ذكروهُ مَنقُوضٌ بقَبُولِ الشَّهادةِ بعد التَّوبةِ عَنِ الزِّنا؟



[١٦٧] ـ مسألة [غرم شهود الطلاق الراجعين عن شهادتهم بعد حكم الحاكم]

شهودُ الطلاقِ إذا رَجَعُوا بعدَ حُكمِ الحاكِمِ وقالُوا: كنّا شهودَ زُورٍ، يجبُ عليهِم مَهْرُ المثلِ عندنا، سواءً شهِدُوا به قبلَ المَسِيسِ أو بعدَهُ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ، حيثُ قال: لا يَغرَمُونَ شيئًا إن شَهِدُوا بذلك بعدَ المسِيس، وإن شَهِدُوا به قبلَ المسِيسِ غَرِمُوا نصفَ مَهرِ المثلِ[٢].

لنا أنّهم شَهِدُوا كاذِبِينَ بما فيه فواتُ حَقٍّ لمَعصُومٍ لا يُقدَرُ على تحصيلِ مِثلِهِ في الغالِبِ دُونَ مَهرِ المثل، فكان واجِبًا عليهِمْ، أمّا أنّهُمْ شَهِدُوا كاذِبِينَ فظاهِر، وأمّا أنّهُمْ شَهِدُوا بما فيه تَفْوِيتُ حَقٍّ لمعصومٍ فلِأنّهُمْ شَهِدُوا بالطلاق، وهو مُفَوِّتٌ لحَقِّ المشهُودِ عليهِ من النِّكاح، وأمّا أنّهُ مَعصُومٌ فظاهِرٌ أيضًا، وأمّا أنّهُ لا يُقْدَرُ على تَحصِيلِ مثلِهِ في الغالبِ دُونَ مَهْرِ المثلِ فظاهِرٌ أيضًا، وإذا ثَبَتَتِ الأوصافُ ناسَبَ ذلِكَ إيجابَ مَهْرِ المثل؛ جَبْرًا لحقِّ المعصُوم، ودفعًا للضَّررِ عنه، والشاهِدُ له بالاعتبارِ ما لو شَهِدُوا كاذِبِينَ على إعتاقِ العبد، فإنّهُمْ يَغرَمُونَ قِيمَتَهُ؛ لما ذكرناه.

فإن قيل: سلَّمنا المناسبة، ولكن لا بُدَّ من أصْلٍ شاهِدٍ بالاعتِبار، والعبدُ فلا يُمكِنُ القِياسُ عليه؛ لأنّ شَرْطَ القِياسِ أن لا يَكُونَ الحكمُ في الفرعِ مُخالِفًا

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٦٠. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤٢١.

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني، ٦: ٢٨٣.

[١٢٨/أ] لحكمِ الأصل، والحكمُ في الأصلِ وُجُوبُ القِيمة، وفي الفرعِ وُجُوبُ المهر، وهُما مُختَلِفان.

سلَّمنا التَّماثُلَ في الحُكم، غيرَ أنّا نُعارِضُ في الأصلِ من جِهةِ الإجمالِ والتَّفصِيل:

أمّا الإجمالُ فهو أنّ وجوبَ التَّضمِينِ على خِلافِ الدَّليل؛ لما فيه من تفوِيتِ مالِ الضَّمانِ على الضّامِن، مع وُجودِ السَّبَبِ المقتضِي لمالكيَّتِهِ أو انتفاعِهِ به، وذلك مُوجِبُ اعتِقادَ اختِصاصِ الأصلِ بمعنًى لا وجودَ له في الفرع؛ تقليلًا لمخالفةِ الدَّليلِ في الفرع.

ومن جهةِ التَّفصِيلِ فمن ثلاثةِ أوْجُه:

الأوّل: هو أنّ الحقَّ الماليَّ المفَوَّتَ في العبدِ مِمّا يمكِنُ الانتفاعُ بعينِه، والتَّوسُّلُ بهِ إلى غيره، وغرضُ التوسُّلِ بحقِّ النكاحِ إلى الغيرِ ممتنِع.

الثّاني: أنّ المقصودَ من ملك اليمينِ إنما هو التوسُّلُ به إلى بَقاءِ النفس، والمقصودُ من ملك النِّكاحِ الاستمتاع، وبقاءُ النَّفسِ أهَمّ.

الثالث: هو أنّ فواتَ ملكِ اليمينِ يَتَضَرَّرُ به المالك، سواء بَقِيَ غرضُهُ مُتعلِّقًا بعَينِ ما فاتَهُ أو لم يَبْقَ، وفي النِّكاحِ إنما يتضرَّرُ بفَواتِهِ بتقدِيرِ تَعَلُّقِ غَرَضِهِ بعينِ ما فاتَ عليه لا غير، وعلى هذا فلا يَلزَمُ من إيجابِ الضَّمانِ في الأصلِ - دفعًا لأعلَى الضَّرَرَين - إيجابُه في الفرع؛ دَفْعًا لأدناهُما، ثمَّ ما ذكرتموهُ مُنتَقِضٌ بقتلِ الزوجةِ ورِدَّتِها، فإنّ كلَّ ما ذكرتموهُ مُتَحَقِّقٌ فيه، ومع ذلك لا يجبُ للزَّوجِ مَهْرُ المثلِ على المفَوِّتِ لحقِّهِ من النكاح.

والجوابُ عن الأوَّل: أنّ الاختلافَ إنما وَقَعَ في محَلِّ الوجوبِ لا في نَفْسِ الحكم، وهو الوجوب.

وعن المعارضةِ الإجمالية ما سَبَقَ في المسائِلِ المتقدِّمة مِرارًا.

وعن المعارضاتِ التفصِيلِيّة فغايَتُها الإشارةُ إلى التَّفاوُتِ في الضَّرَر، وذلك مُوجِبٌ للتَّفاوُتِ في قَدْرِ الضمانِ لا في وُجُوبِهِ في الأصل، ونفيِهِ في الفرع.

وعن النقض أنّهُ غيرُ وارِدٍ على ما علَّلْناهُ به من الضّابِطِ للحكمة، وهو الشَّهادة، وإنما هو واردٌ على الحكمة، والنقضُ إنما يكونُ بتَخَلُّفِ الحكمِ [ب/٢٨] عَمّا عُلِّلَ به، لا بتَخَلُّفِهِ عن غيرِه.



[١٦٨] ـ مسألة [قبول شهادة أهل الذمة فيما بينهم]

شهادةُ أهلِ الذِّمّةِ لبعضِهمْ على بعضٍ غيرُ مَقبُولةٍ عندنا، سواءً اتفقَتْ شريعتُهمْ أوِ اختَلَفَتْ[١]، خِلافًا لأبِي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على امتناعِ قَبُولِ شهادتِهمْ على المسلم، وعلى امتناعِ قَبُولِ شهادةِ الحربيِّ على الذِّمِّيّ.

لنا أنّ القولَ بقَبُولِ شَهادةِ الذِّمِّيِّ يَلزمُهُ إلغاءُ ما دلَّ الدَّليلُ على اعتبارِهِ فيَمتَنِع.

بيانُ الملازمة: هو أنّ صِحّةَ الشَّهادةِ في مَحلِّ النِّزاعِ يَجِبُ أن يكونَ مُعَلَّلًا بعُمُومِ الشَّهادةِ المشترَكةِ بين محلِّ النِّزاع ومحلِّ الوِفاق، وهو شهادةُ المسلِم؛ لمناسبَتِها من جِهةِ كونِها مُغلِّبةً على الظَّنِّ، وقران الحكم بها، وعدم اختصاصِ الفرعِ بما له مدخلٌ في التأثيرِ لا وجودَ له في الأصل، ويَلزمُ مِنِ استقلال ذلك بالتعليلِ في الفرع استقلالُهُ في الأصل، ويلزمُ من ذلك إلغاءُ خُصُوصِ شهادةِ المسلم، وإخراجُها عن أن تكونَ داخِلةً في التَّعلِيلِ مع زِيادةِ مُناسَبتِها؛ لزِيادةِ غلبةِ الظَّنِّ بشهادةِ المسلِم، ولما فيه من إظهارِ شَرَفِها بقَبُولِ قَولِه، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِها، وذلِكَ ممتَنِع، ولا يخفَى ما يَتَّجِهُ عليه من الاعتراضاتِ ووجُوه الانفصالاتِ عنها مما حَقَّقناهُ في مسألةِ بيعِ الغائِب.

---

(١) «النكت» للشيرازي، ٢: ٤٥٦. «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤١٦.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٢٩. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٣٧٣. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٤٠.

[١٦٩] ـ مسألة [تقديم بينة صاحب اليد على بينة المدعي]

بيِّنةُ الدّاخِلِ مُقَدَّمةٌ على بَيِّنةِ الخارجِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة، فإنّهُ قال: تُقَدَّمُ بيِّنةُ الخارِجِ[٢].

لنا أنّ الحُكمَ ببَقاءِ الملكِ في المدَّعى بهِ الدّاخِلِ لازِمُ مَلزُوم، وهو مُتحَقِّقٌ فيما نحنُ فيه، فيلزَمُ البقاء.

بيانُ ذلك هو أنّ الملكَ كان ثابتًا للدّاخلِ قبل دعوَى الخارجِ وظهورِ بيِّنَتِه، وعند ذلك فما وُجِدَ من صُورةِ الدَّعوَى والبيِّنةِ للدّاخِلِ إمّا أن تكونَ [أ/ ١٢٩] مُساوِيةً في إفادةِ الظَّنِّ لما وُجِدَ من الدَّعوَى والبيِّنةِ للخارج، أو أزْيَدَ أوْ أنقَص.

فإن كان الأول لزِمَ التساقُط، وإبقاءُ ما كان على ما كان.

وإن كان الثّانِي لَزِمَ البقاءُ على ما كان بطَرِيقِ الأوْلَى.

وإن كان الثالث فاقترانُ ما في جانِبِ الدّاخِلِ ـ لموافَقَتِهِ لأصلِ بَقاءِ الملكِ ـ إمّا أن يُوجِبَ رُجحانَ ما وُجِدَ من الداخلِ من الدَّعوَى، والبيِّنةُ على ما وُجِدَ من الخارج، أو المساواة، أو المرجُوحِيّة.

فإن كان الأول لَزِمَ القولُ ببقاءِ الملكِ على الدّاخِلِ.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٩٠.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٣٤. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص٤٠٢. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٥٦٦.

وإن كان الثّانِي فلا تَرَجُّحَ لأحدِهِما على الآخَر.

وإنما يَثبُتُ الملكُ للدّاخِلِ بالنَّظَرِ إلى القِسمِ الثّالِث، وهو تَرجُّحُ ما وُجِدَ مِنه، فالدّاخِلُ مُتَرَجِّحٌ على تقديراتٍ ثلاثة، ومُساوٍ على تقديرٍ واحد، والخارجُ مُتَرَجِّحٌ على تقديرٍ واحِد، ومُساوٍ على تقديرٍ واحد.

ولا يخفَى أنّ ما يَتَرَجَّحُ على تقديراتٍ ثلاثة، ويُساوِي على تقديرٍ واحِدٍ؛ أوْلَى مما لا يَتَرَجَّحُ إلا على تقديرٍ واحد، ويُساوِي على تقديرٍ واحد، ويلزمُ من ذلك ظُهورُ مَلْزُومِ بقاءِ الملك، فيَجِبُ القولُ ببَقائِه.

فإن قيل: ما ذكرتموهُ مُعارَضٌ بما يَدُلُّ على ترجُّحِ الخارج؛ لوجودِ الدَّعوَى منهُ والبيِّنةِ الدّالَّينِ على صِدْقِه، والدّاخِلُ غيرُ مُدَّعٍ؛ لأنّهُ لو كان مُدَّعِيًا لكانَ الخارجُ ببلد منه[1] له مُنكِرًا، ولو كان مُنكِرًا وجبَ أنْ يحلِفَ؛ لقولِهِ عليه السَّلام: «واليمينُ على مَنْ أنكرَ»[2].

وهو خلافُ الإجماع، وإذا لم يكُنِ الدّاخِلُ مُدَّعِيًا فلا نَقْبَلُ بيِّنَتَهُ؛ لقولِهِ عليهِ السَّلام: «والبَيِّنةُ على المدَّعِي»[3].

والجواب: لا نُسَلِّمُ أنّ الدّاخِلَ ليسَ بمُدَّعٍ، ويدُلُّ عليهِ أنّهُ يُوصَفُ بكونِهِ مُدَّعِيًا، والأصلُ في الإطلاقِ الحقيقة، والخارجُ وإن كان مُنكِرًا إلا أنّهُ لا

---

(١) كذا ورد في المخطوط، ولعل الناسخ لم يقرأه كذلك؛ لأن المعنى غير مستقيم.

(٢) «سنن الدارقطني»، كتاب الحدود والديات وغيره، ٣١٩٠. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب القسامة، باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بأيمان المدعي، ١٦٤٤٥. قال النووي: «حديث حسن»، وفي «سنن الترمذي»: «اليمين على المدعى عليه»، قال الترمذي بعده: «هذا حديث حسن صحيح». «جامع العلوم والحكم» لابن رجب، ٢: ٢٢٦. «سنن الترمذي»، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ١٣٤٢.

(٣) جزء من الحديث السابق.

يَحلِفُ؛ لاستِغنائِهِ بالبَيِّنةِ عن اليمِين، وغايَتُهُ تخصِيصُ عُمُومِ الخبر، وهو أوْلَى من مُخالَفةِ الحقِيقةِ والمصيرِ إلى التَّجَوُّز، ولهذا فإنّ أكثرَ [ب/٢٩] العُمُوماتِ مُخَصَّصة، وأكثرُ الألفاظِ الحقِيقيّةِ مُجراةٌ على حَقِيقَتِها.



مسائل العتق

[١٧٠] ـ مسألة [بقاء ملك الشريك عند عتق شريكه المعسر نصيبه]

إذا أعتقَ شِركًا لهُ من عبدٍ وهو مُعسِرٌ زالَ ملكُهُ عن نصِيبِهِ من العبدِ، وبَقِيَ ملكُ شريكِهِ عندنا[١]، خلافًا لأبِي حنيفةَ ومحمد بن الحسنِ فإنّهما قالا: يَزُولُ ملكُ شرِيكِه، وللشَّرِيكِ حَقُّ السِّعايةِ لا غيرُ[٢].

وقد أجمعنا نحنُ وإيّاهُما على زَوالِ ملك المعتِق، وإنما النِّزاعُ في زَوالِ ملكِ الشريك.

لنا أنّ ملكَ الشريك كان ثابِتًا قبلَ إعتاقِ المعتق، والأصلُ بقاؤُهُ إلا أن يُوجَدَ المزِيل، والأصلُ عدَمُه.

فإن قيل: بيانُ وجودِ المزيلِ هو أنّ الملكَ غيرُ قابِلٍ للتَّجَزُّؤ، بمعنَى سُقوطِهِ عن بعضِ المحَلِّ وبقائِهِ في البعضِ الآخَر.

وبيانُ ذلك من أربعةِ أوْجُه:

الأوّل: أنّهُ يمتنعُ بملكِ بعضِ المحلِّ ابتداءٌ دونَ البعضِ الآخَر، ولو كان قابِلًا للتَّجَزُّؤِ لَما اختَلَفَ ابتداءً ودَوامًا.

الثاني: أنّ الملكَ هو المعنَى المقتضِي لإطلاقِ التَّصَرُّفِ في المحلّ، وإنما

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٩٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٤٠. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٦٢.

يُتَصَوَّرُ ثبوتُ الملكِ في المحلِّ أن لو تُصُوِّرَ إطلاقُ التصرُّفِ فيه، وإلا كان خَلِيًّا عن الثمرةِ والمقصود، وهو ممتنِع، والتَّصرُّفُ في بعضٍ شائعٍ من المحلِّ غيرُ مُتَصَوَّر، فلا يكونُ اتِّصافُ بعضِ المحلِّ بالملكِ شائِعًا دُونَ البعضِ مُمكِنًا.

الثالث: هو أنّ المملوكيّةَ والمالكِيّةَ يتواردانِ على الآدميِّ بجهةِ المضادّةِ، بحيثُ لا يُتَصَوَّرُ اجتِماعُهُما، ولا خلوُّ الآدمِيِّ عنهُما، فلو زالتِ المملوكِيّةُ عن بعض شائعٍ في الآدَمِيِّ لكان ذلك البعضُ مالِكًا، وبعضُ المحلِّ شائعًا مالكًا، وبعضُهُ شائعًا غيرَ مالكٍ من أمْحَلِ المحالات.

الرابع: أنّ الرِّقَّ أساسُ الملك في الآدَمِيِّ ومُصَحِّحٌ له، ولولاهُ لما ثَبَتَ الملكُ فيه.

وبيانُه: أنّ الرِّقَّ عبارةٌ عن ضَعْفٍ شَرْعِيٍّ مُقَدَّرٍ في المحلّ، يَظْهَرُ أثَرُهُ في / عجزِ الآدَمِيِّ عن دَفْعِ تملُّكِ الغيرِ لهُ والاستيلاءِ عليه، ولولاهُ لما ثَبَتَ الملكُ [أ/ ١٣٠] عليه، وإذا كان الرِّقُّ أساسَ الملكِ فالرِّقُّ لا يُتَصَوَّرُ تَجزُّؤهُ؛ لأنّهُ ضعفٌ شرعِيٌّ على وِزانِ الضعفِ الحقيقِيّ، كما لا يُتَصَوَّرُ أن يكون بعضُ المحلِّ ضعيفًا حقيقةً بجهةِ الشَّرع، فكذلك لا يُتَصَوَّرُ أن يكون بعضُهُ ضعيفًا شرعًا بجهةِ الشُّيُوعِ دُونَ البعض، وإذا لم يكن أساسُ الملكِ قابِلًا للتَّجَزُّؤِ فكذلك الملكُ؛ لكونِهِ تابِعًا له ومُتَفَرِّعًا عليه، وإذا ثَبَتَ امتِناعُ تَجَزُّؤِ الملكِ فيَلزمُ من زوالِ ملكِ المعتِقِ عن نصِيبِه زوالُ ملكِ شريكِهِ عن نصِيبِه.

والجواب: لا نُسَلِّمُ امتناعَ تَجَزُّؤِ الملك، فإنّهُ أمرٌ تقدِيرِيٌّ قدَّرَهُ الشارعُ في المحلّ؛ لإطلاقِ التصرُّف، وتقديرُ ذلك في البعضِ دونَ البعضِ شرعًا مما لا يلزمُ عنهُ لذاتِهِ مُحالٌ فكان ممكِنًا، ويَدُلُّ على ذلك أنّ كُلَّ واحدٍ من الشريكَينِ له في العبدِ ملك، وملكُهُ إما أن يكونَ في كلِّ العبدِ أو بعضِه، والأول خلافُ

الإجماع، والثاني إمّا في بعضٍ مُعَيَّنٍ أو غيرِ مُعَيَّن، والتَّعيينُ خِلافُ الإجماع، فلم يبقَ إلا الثاني، وهو المطلوب.

قولهم: إنّهُ يمتنعُ ثبوتُ الملك في البعض ابتداءً، إنما كان ذلك لوُجودِ سببِ الملكِ في الكلّ، وهو الاستيلاءُ على الكلّ، فإنّهُ لا يُتصَوَّرُ الاستيلاءُ على البعضِ دون البعض.

قولهم: إنّ التصرفَ في البعض غيرُ مُتَصَوَّرٍ بانفرادِهِ مُسَلَّم، ولكن ليس التصرفُ في البعضِ بانفراده مُقتضِيًا الملكَ في البعضِ بطريقِ التصرُّفِ في الكلّ، إمّا بمهايأةٍ أو لا بمهايأة، ويكونُ مُتَصَرِّفًا في البعض بحكمِ الملك.

قولهم: إنّ المملوكيةَ إذا زالتْ عن بعضِ العبد لزمَ أن يكونَ ذلك البعضُ مالكًا، لا نُسَلِّمُ ذلك في الأبعاض، وإن كان ذلك لزمَ في الكلّ.

قولهم: إنّ الرِّقَّ أساسُ الملك، وهو غيرُ مُتَصَوَّرِ الثبوتِ في بعضٍ شائع؛ [ب/ ٣٠] غيرُ مُسَلَّم، ولا يلزمُ من امتناعِ اتّصافِ بعضِ المحلِّ شائعًا بالضعفِ الحقِيقِيّ امتناعُ اتصافِهِ بالضعفِ المقدَّر، وإن سلَّمنا امتناعَ التَّجَزُّؤِ في الرِّقّ فلا نُسَلِّمُ أنّهُ يَلْزَمُ من ذلك امتناعُ التَّجَزُّؤِ في الملك؛ لما بيَّنّاه.



[١٧١] ـ مسألة [عتق المملوك من ذوي الأرحام غير الأصول والفروع بالملك]

مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرمٍ ما عَدا الأصولَ والفروعَ لا يَعْتَقُ عليه حتَّى يُعتِقَهُ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وأجمعنا على العتقِ في الأصولِ والفروع.

لنا أنّهُ لو عَتَقَ لَكان العتقُ مُعَلَّلًا بالوصفِ المشترَكِ بينهُ وبين الأصولِ والفروع، وهو القرابةُ العامّة، فإنها مناسبةٌ للعتق؛ لما فيها من الصلةِ للرحم المُفْضِيةِ إلى المعاونةِ والمناصرةِ التي لا يُتَوَقَّعُ مثلُها من الأجنبيّ، والحكمُ ثابتٌ على وَفْقِها في الفرعِ تقديرًا، ولم يختَصَّ الفرعُ بمعنًى له مدخلٌ في التأثير؛ إذِ الأصلُ عَدَمُه.

ويلزمُ من استقلالِ عُمُومِ القرابةِ بالتَّعلِيلِ في الفرعِ استقلالُهُ به في الأصل، وإذا ثَبَتَ الاستقلالُ بالتعليلِ في الأصلِ والفرعِ لزِمَ من ذلك إلغاءُ خصوصِ قُرْبِ القرابةِ المحضةِ بالأصولِ والفروع، مع أنها أشدُّ مناسبةً للعتق من عموم القرابة؛ لكونِ الأصولِ والفروع على عمُودِ النَّسَب، ومَنْ عداهُمْ على حواشِيه، ولذلك قُدِّمُوا بالميراثِ على مَنْ عداهُمْ من الأقارب، والحكمُ ثابتٌ

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤٠١.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٣٩. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٤٤. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٣٥.

على وَفْقِه، وذلك ممتنع، ولا يخفَى ما يَتَّجِهُ عليه من الاعتراضاتِ ووجوه الانفصالِ عنها مما حقَّقناهُ في مسألة بيعِ الغائب.

وتختَصُّ هذه المسألةُ بالمعارضةِ في الفرعِ بالنَّصِّ والمعنَى؛ أمّا النَّصُّ فقولُهُ عليهِ السَّلام: «مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ محرَمٍ عَتَقَ عليهِ»[١].

وأيضًا ما رُوِيَ أنّ واحِدًا أتَى النبيَّ ﷺ آخِذًا بيدِ أخِيه، وقال: أعْتِقْهُ يا رسولَ الله، فقال عليه السَّلام: «عَتَقَ عليكَ حينَ مَلَكْتَهُ»[٢].

وأمّا المعنى فهو أنّ ثبوتَ ملكِ اليمينِ على القريبِ ذُلٌّ وإهانةٌ له، وهو مُفْضٍ إلى قطيعةِ الرَّحِمِ فناسبَ أن لا يَثْبُتَ عليه؛ دَفعًا لهذِهِ المفسدة، [أ/ ١٣١] والشاهِدُ لَهُ بالاعتبارِ ملكُ النكاحِ فإنّهُ لا يثبتُ له عليه؛ دَفعًا للذُّلِّ عنه، ولا يَخفَى أنّ ملكَ اليمينِ أوْلَى بالعدَم؛ لما فيه من زيادةِ الذُّلِّ والهوان.

والجوابُ عن الخبرِ الأول أنّهُ غيرُ صحيح؛ فإنّهُ يَروِيهِ الحسنُ بنُ عمارةَ[٣] عن سمرةَ[٤]، وقد اتَّفَقَ أهلُ الحديثِ على أنّهُ لم يَرْوِ عنهُ أكثرَ من ثلاثةِ

---

(١) «سنن أبي داود»، كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم، ٣٩٤٩. «سنن الترمذي»، أبواب الأحكام، باب من ملك ذا رحم محرم، ١٣٦٥. «سنن ابن ماجه»، كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم، ٢٥٢٤. قال ابن حجر: «صحَّحَهُ ابن حزم وعبد الحق وابن القطان». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٤: ٥٠٩.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ليس في سنده الحسن بن عمارة، بل هو الحسن بن أبي الحسن البصري (ت١١٠)، ثقة فقيه فاضل مشهور، وكان يرسل كثيرًا ويدلِّس. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص١٦٠.

(٤) سمرة بن جندب بن هلال الفزاري حليف الأنصار (ت٥٨)، صاحب رسول الله ﷺ، ومن الحفاظ المكثرين عنه. «الاستيعاب» لابن عبد البر، ٢: ٦٥٣.

أحاديثَ[١]، وهذا الحديثُ ليسَ مِنها.

وإن سلَّمنا صحَّتَهُ إلا أنَّ قولَه: «ذا رَحِمٍ محرَمٍ»، نكرةٌ في سياقِ الإثباتِ فكان مطلقًا، وقد عُمِلَ به في الأصولِ والفُروعِ، والمطلقُ إذا عُمِلَ به في صورةٍ لا يَبْقَى حُجّةً؛ لأنّهُ يكونُ قد وُفِّيَ في العملِ بدلالتِه.

وعن الخبرِ الآخر أنّهُ يَروِيهِ أبو حفصِ بنُ أبي داود[٢]، وهو ضعيفٌ عند المحدِّثينَ[٣].

وعن المعنى أنَّ الحُكمَ في الأصلِ رفعُ الملكِ قبلَ ثُبوتِه، وفي الفرعِ رفعُهُ بعد ثُبُوتِه، ولا قياسَ مع اختلافِ حكمِ الأصلِ والفرعِ.

---

(١) قال ابن حجر: «وأما رواية الحسن عن سمرة بن جندب ففي «صحيح البخاري» سماعًا منه لحديث العقيقة، وقد روى عنه نسخةً كبيرةً غالبُها في السنن الأربعة، وعند علي بن المديني أن كلها سماع، وكذا حكى الترمذي عن البخاري، وقال يحيى القطان وآخرون: هي كتاب، وذلك لا يقتضي الانقطاع، وفي «مسند أحمد»: حدثنا هشيم عن حميد الطويل، وقال: جاء رجل إلى الحسن فقال: إن عبدًا له أبق، وإنه نذر إن قدر عليه أن يقطع يده، فقال الحسن: حدثنا سمرة، قال: ما خطبَنا رسول الله ﷺ خطبة إلا أمر فيها بالصدقة، ونهى عن المثلة. وهذا يقتضي سماعه منه لغير حديث العقيقة». «تهذيب التهذيب» لابن حجر، **٢: ٢٦٩**.

(٢) حفص بن أبي داود القارئ، صاحب عاصم، ويقال له: حفيص (ت٨٠)، متروك الحديث مع إمامته في القراءة. «تقريب التهذيب» لابن حجر، ص١٧٢. أقول: رُوِي هذا الحديث من طريقَين، أما الأول ففيه مَن ذكر المؤلف، بَيدَ أنه حفص بن أبي داود وليس أبا حفص، قال البيهقي: «ورُوِي عن حفص بن أبي داود، عن محمد بن أبي ليلى، عن عطاء، عن ابن عباس بنحوه، وهذا إسناد ضعيف»، وأما الطريق الثاني فقد قال فيه الدارقطني: «العرزمي تركه ابن المبارك، وابن مهدي، ويحيى القطان، وأبو النضر محمد بن السائب الكلبي، متروك أيضًا، وهو القائل: كل ما حدثت عن أبي صالح كذب». «سنن الدارقطني»، كتاب المكاتب، **٤٢٢٧**.

(٣) قال البيهقي: «حفص هو ابن سليمان القاري، ضعَّفه شعبة وأحمد بن حنبل، ويحيى بن معين وغيرهم». «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب العتق، باب من يعتق بالملك، **٢١٤٢١**.

وإن سلَّمنا الاشتراكَ في الحكمِ إلا أنّهُ مُعارَضٌ في الأصل بما يُفْضِي إليهِ في أنّهُ الرَّحِمُ وزيادةُ الشفقة، من نقصانِ الشهوةِ المخِلّةِ بالمقاصِدِ المتَعَلِّقةِ بالنَّسل، والولدُ فإنّهُ مُناسِبٌ لنفي ملكِ النكاح، وإليه الإشارةُ بقوله عليه السَّلام: «ولا تَنكِحُوا القرابةَ القرِيبةَ؛ فإنّ الولدَ يُخلَقُ ضاوِيًّا»[1]، أي: نحِيفًا، والحكمُ مُتَرَتِّبٌ على وَفْقِهِ، فكان داخِلًا في التَّعلِيل.



(١) قال ابن حجر: قال ابن الصلاح: «لم أجد له أصلًا معتمدًا»، وقد وقع في «غريب الحديث» لابن قتيبة قال: جاء في الحديث: «اغربوا لا تضووا»، وفسّره فقال: هو من الضاوي، وهو النحيف الجسم، يقال: أضوت المرأة؛ إذا أتت بولد ضاوٍ، والمراد انكحوا في الغرباء ولا تنكحوا القريبة. «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٣: ٣٠٩.

[١٧٢] ـ مسألة [عتق العبد الذي قال له مالكه: أنت أبي أو ابني]

إذا قالَ لعبـدِهِ الذِي هو أصغرُ سِنًّا منـه: أنتَ أبِي، أو أكبرُ سِنًّا منـه: أنتَ ابنِي، لا يَعتَقُ عليه عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

لنا أنّ القولَ بوُقوعِ العتقِ يَستدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

فإن قيل: والقولُ بنَفْيِ العتقِ يَسْتَدْعِي دَلِيلًا، والأصلُ عَدَمُه.

ثم بيانُ دليلِ العتق: هو أنّ البُنُوّةَ سَبَبُ العِتق، وكذلك الأبُوّة، وقد يُعدَمُ في اللغةِ صحّةُ التَّجَوُّز بالسببِ عن المسَبَّب، فناسَبَ أن يُجعَلَ قولُهُ كنايةً عن الإقرار بالحرِّيّة؛ حَذَرًا من تعطيلِ دلالةِ لفظِه، والشاهِدُ له بالاعتبارِ ما لو قالَ [ب/ ١٣١] لعبدِهِ وهو أصغرُ سِنًّا منهُ ـ وهو مشهورُ النسبِ ـ: أنتَ ابنِي، فإنّهُ يَعتَقُ عليه، مع امتناع ثبوتِ النَّسَبِ له؛ لكونِهِ ثابتًا لغيره مطلقًا، وعلى هذا نقولُ: إنه لو ناداهُ بالابنِيّةِ لا يَعتِقُ عليه؛ لأنّ المقصودَ من النداءِ إنما هو التمييزُ والإعلامُ دون تحقيقِ ما نذكره، بخلافِ ما نحنُ فيه، ولو قال: هذا جَدِّي، أو أخِي، أو قال لأمَتِهِ التي هي أصغرُ سِنًّا منه: هذهِ ابنتي، وقعَ عليهِ العتقُ في الكلّ.

والجوابُ أنا نمنَعُ صِحّةَ التَّجَوُّزِ بالسَّبَبِ عن المسَبَّبِ مُطلقًا، ولهذا فإنّهُ لا يَصِحُّ التَّجَوُّزُ بالشبَكةِ عن الصَّيد، ولا بالشجرةِ عن التَّمْر، وبالأبِ عن الابن.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٣٩٨.

(٢) «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٤٦. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٣٩.

سلَّمنا صحّةَ ذلك، ولكن لا بُدَّ من النيةِ في ذلك، وهي غيرُ موجودة، حتى إنّهُ لو وُجِدَتِ النية، فإنّا لا نقولُ بالعتق، وليس ذلك بمحلِّ النِّزاع، ولا يمكنُ أن يُقالَ: ظاهرُ حالِهِ يَدُلُّ [على] النيةِ مبالغةً في تصحيحِ تَصَرُّفِهِ واعتبار قولِهِ مع فرضِ الكلام فيما إذا لم يكن ناويًا.

سلَّمنا المناسبة، غيرَ أنّ الحكمَ ممنوعٌ فيما ذكروهُ من الصُّوَرِ المستشهَدِ بها.



[١٧٣] ـ مسألة [بيع المدبّر]

بيعُ المدَبَّرِ صحيحٌ عندنا على القولِ المنصُورِ في الخلافِ[١]، خلافًا لأبي حنيفةَ[٢].

وأجمعنا على صِحّةِ بيعِ المدَبَّرِ المقيَّدِ، وهو ما إذا قالَ لعبدِه: إن مِتُّ من مَرَضِي هذا فأنتَ حُرّ.

لنا أنّ البيعَ صحِيحٌ مع عدَمِ التدبيرِ بالإجماع، ولا فارِقَ بينَهُ وبين محلِّ النِّزاعِ سِوَى عَدَمِ التدبِيرِ في الأصل، ووجودُهُ في الفرعِ بدليلِ البحثِ والسَّبْر، والأَصلُ عدمُ تأثيرهما في الاقتران، فلزِمَ الاشتراكُ في الحكم.

فإن قيل: والأصلُ عدمُ تأثيرِ الوصفِ الجامع في الاقتضاء، وليس أحَدُ الأمْرَينِ أوْلَى من الآخر، ثم بيانُ [١٣٢/أ] تأثيرِ التَّدبِيرِ في المنع: هو أنّ التدبيرَ انعقدَ في الحال سببًا لإثباتِ الحرية بعد الموت، أمّا أنّهُ سببُ الحرية بعد الموت فظاهرٌ؛ لأنّ الحريةَ حاصلةٌ بعد الموت، ولا سبَبَ لها سِوَى التدبير، وعند ذلك فإمّا أن يكونَ انعقادُ التَّدبِيرِ سببًا في الحال، أو قُبيلَ الموت، أو بعدَ الموت، لا يُمكِنُ الحكمُ بانعقادِهِ سببًا بعدَ الموت، ولا قُبيلَ الموت؛ لأنّا نفتقِرُ فيه إلى تقديرِ وجودِ التدبير فيهما، وإلى تقديرِ انعقادِهِ سببًا، وهما تقديران.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤٠٤.

(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٤٣. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٧٨. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٤٤.

والتقديرُ على خلافِ الأصل، بخلافِ انعقادِه سببًا في الحال، فإنّا لا نفتقِرُ فيه إلى أكثرَ من تقديرِ الانعقاد؛ لكونِ التدبيرِ مُحقَّقَ الوجودِ في الحال، فكان انعقادُهُ سَبَبًا في الحالِ أوْلَى، وعند ذلك فلو صحَّ البيعُ فيَلْزَمُ منهُ إبطالُ سببِ الحرِّيةِ عليه، وهو إضرارٌ به، فناسَبَ انتفاءَ الصحةِ دَفعًا للضَّرر، والشاهدُ له بالاعتبار المستولَدة، فإنه لا يصِحُّ بيعُها؛ لما فيه من إبطالِ سبَبِ الحرِّية، وإن كانت الحريّةُ مُتأخِّرةً إلى ما بعد الموت.

والترجيحُ للمانعِ على المقتضي للصِّحّة، من جهةِ أنّهُ يَلزمُ من الصِّحّةِ إبطالُ حقِّ العبدِ من الحرِّيّةِ لا إلى خلف في المنع إبدال حقِّ السَّيِّدِ من البيعِ بتَمْكينِهِ من التَّصَرُّفِ في العبدِ مُدّةَ حياتِه، ولا يخفَى أنّ ضَررَ الإبطالِ فوقَ ضررِ الإبدال، ولأنّ ضررَ السَّيِّدِ بامتناعِ صِحّةِ البيعِ مَنسُوبٌ إلى تدبيرِهِ وفعلِهِ بخلاف ضررِ العبدِ من فواتِ حُرِّيَّتِهِ فكان أوْلَى بالدَّفْع، ولأنّ في العملِ بالمانِعِ رعايةَ جانبِ العِتق، وهو أوْلَى من رعايةِ جانبِ المالِك.

سلَّمنا دلالةَ ما ذكرتموهُ على الصِّحّة، لكنَّهُ مُعارَضٌ بقوله عليه السَّلام: «لا يُباعُ المدَبَّرُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَث، وإنما يُخرجُ من الثُّلُثِ»[1].

والجوابُ عن السُّؤالِ الأوَّل: ما عُرِفَ مِرارًا.

وعن الثّاني أنّ تعلِيقَ العتقِ بالموتِ كتعلِيقِهِ على طُلُوعِ الشَّمسِ مُتَأخِّرًا،

---

(١) «سنن الدارقطني»، كتاب المكاتب، ٤٢٦٤. «السنن الكبرى» للبيهقي، كتاب المدبر، من قال: لا يباع المدبر، ٢١٥٧٢، قال ابن حجر: «قال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث، وقال الدارقطني في العلل: الأصح وقفه، وقال العقيلي: لا يُعرف إلا بعلي بن ظبيان، وهو منكر الحديث، وقال أبو زرعة: الموقوف أصح، وقال ابن القطان: المرفوع ضعيف». «التلخيص الحبير» لابن حجر، ٤: ٥١٥.

[ب/ ١٣٢] فليكن ما نحنُ فيه كذلك، وإن كان مُنعَقِدًا حالًا ولم يمنعْ من البيع، فكذلك فيما نحنُ فيه.

وعن الخبر: معارضتُهُ بما رُوِيَ عنهُ عليهِ السَّلامُ أنّهُ «باعَ مُدَبَّرًا كان لَهُ»[١].

وإذا تعارضَ النَّصّانِ سَلِم لنا ما ذكرناهُ أوَّلًا.

كيفَ وأنّ الترجِيحَ لخبرِنا، فإنّهُ يَدُلُّ على الحِلِّ قَطعًا، وما ذكروهُ يَدُلُّ على التحريمِ ظاهِرًا؟



(١) نحوه في «صحيح البخاري»، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبرٍ، فاحتاج، فأخذه النبي ﷺ فقال: «من يشتريه مني؟»، فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا، فدفعه إليه. «صحيح البخاري»، كتاب البيوع، باب المزايدة، ٢١٤١. «صحيح مسلم»، كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر، ٩٩٧، ولم أجد في لفظ من ألفاظ الحديث أن المدبر كان للنبي ﷺ.

[١٧٤] ـ مسألة [انفساخ الكتابة إذا مات المكاتب وفي تركته وفاء]

المكاتَبُ إذا مات وفي تركتِهِ وفاءٌ بالنُّجُومِ انفسخَ عَقْدُ الكتابةِ عندنا[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

لنا أنّ لازمَ بقائِهِ مُنعقِدًا مُنتَفٍ فيَنتَفي.

بيانُ الملازمة أنّهُ لو بَقِيَ الانعِقادُ لكان مُعَلَّلًا بما يَحصُلُ من مَقاصِدِ الكتابةِ المشتركة بينَ الميِّتِ والحيِّ، مثل حُصُولِ نجوم الكتابةِ للسَّيِّد، وسلامةِ الأكساب، وحرِّيّةِ الأولادِ للمكاتَبِ، وغير ذلك؛ لمناسَبَتِها، وقِرانُ الحكم التقدِيريِّ بها في الفرع، مع امتناعِ اختصاصِ الفرعِ بما له مَدْخَلٌ في التأثيرِ؛ لا وجودَ له في الأصلِ، بدليلِ البحثِ والسَّبْرِ مع عَدَمِ الاطِّلاعِ عليه، ويَلْزَمُ من ذلك أن يكُونَ مُسْتَقِلًّا بالتعليلِ في الفرعِ وفي الأصل، ولازمُ ذلك إلغاءُ ما اختصَّ بِهِ الحيُّ من العِتقِ المستلزِمِ لنفُوذِ التَّصَرُّفات، والتَّملِيكِ والتَّمَلُّكِ والتَّأَهُّلِ للمناصِبِ الدِّينِيّةِ والدُّنياوِيَّةِ التِي لا تَحَقُّقَ لها في حقِّ الميت، مع مُناسَبَتِها لبقاءِ الانعقاد، وثبوتِ الحكم على وفقِها، فإنّهُ دليلُ اعتبارِها في التَّعلِيل، وهذا اللازِمُ ممتَنِع.

---

(١) «تقويم النظر» لابن الدهان، ٢: ٤٠٦.

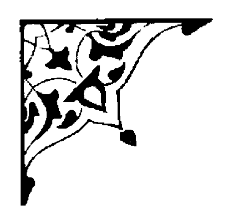
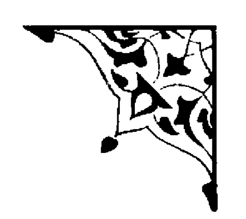
(٢) «رؤوس المسائل» للزمخشري، ص٥٤٦. «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف»، ص١٧٧. «وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف»، ص٢٥٣.

وقد عُرِفَ ما يَتَّجِهُ عليهِ من الاعتِراضاتِ وطرق الانفصالِ عنها في مسألةِ بيعِ الغائبِ، فعليكَ بنقلِهِ إلى هاهُنا، واللهُ أعلم.

آخِرُ الطَّرِيقةِ، والحمدُ للهِ وَحْدَه، وصلَّى اللهُ على سَيِّدِنا محمَّدٍ وآلِهِ وَسَلَّم(١).



(١) تمت مقابلة هذا السفر النفيس على أصله المخطوط ببيت والدي المعمور بمدينة نواكشوط، حرسها الله، بمساعدة أختيَّ الحبيبتَين الجيدة يوسف، ومريم يوسف، صانهما الله وحفظهما، وجعلنا جميعًا قرة عين للنبي ﷺ، وكان الانتهاء من مقابلته يوم الأحد ثاني المحرم سنة ١٤٤١ من هجرة المصطفى ﷺ، الموافق لفاتح سبتمبر سنة ٢٠١٩ من ميلاد المسيح عيسى ابن مريم عليه وعلى أمه الصلاة والسلام.

الفهارس العلميّة للكتاب

وتشتمل على:

- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
- فهرس الأعلام.
- قائمة المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.




فهرس الآيات القرآنية الكريمة



فهرس الأحاديث النبوية الشريفة



فهرس الأعلام

قائمة المصادر والمراجع

ـ **أبجد العلوم**، لأبي الطيب محمد صديق خان بن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي، نشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.

ـ **الآثار**، لأبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، تحقيق: أبي الوفا الأفغاني، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

ـ **الإجابة فيما استدركته عائشة على الصحابة**، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، نشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

ـ **أحكام القرآن للشافعي**، جمع البيهقي، أحمد بن الحسين، أبي بكر البيهقي، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، نشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٤م.

ـ **الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ**، لعبد الحق بن عبد الرحمن الإشبيلي، تحقيق: حمدي السلفي، صبحي السامرائي، نشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، سنة ١٩٩٥م.

ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، لعلي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، نشر: دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

ـ **إحياء علوم الدين**، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، نشر: دار المعرفة، بيروت.

ـ **الأخبار الطوال**، لأبي حنيفة أحمد بن داود الدينوري، تحقيق: عبد المنعم عامر، نشر: دار إحياء الكتب العربي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٠م.

ـ **إخبار العلماء بأخبار الحكماء**، لجمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي، تحقيق: إبراهيم شمس الدين، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

ـ **أدب الدنيا والدين**، لأبي الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي، نشر: دار مكتبة الحياة، نشر سنة ١٩٨٦م.

ـ **أدب القاضي**، لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، ابن القاص، تحقيق: حسين خلف الجبوري، نشر: مكتبة الصديق، الطائف، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.

- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، لأبي عمر يوسف بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: محمد علي البجاوي، نشر: دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٢**م.
- **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، لعلي بن أبي الكرم الجزري، عز الدين بن الأثير، نشر: دار الفكر، بيروت، **١٩٨٩**م.
- **الإشراف على مذاهب العلماء**، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، نشر سنة **١٩٩٣**م.
- **الإصابة في تمييز الصحابة**، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي أحمد معوض، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤١٥**هـ.
- **الاصطلام (في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة)**، لمنصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: نايف بن نافع العمري، نشر: دار المنار، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٢**م.
- **إكمال تهذيب الكمال**، لمغلطاي بن قليج، تحقيق: أبي عبد الرحمن عادل بن محمد، أبي محمد أسامة بن إبراهيم، نشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، **٢٠٠١**م.
- **الإلمام بأحاديث الأحكام**، لتقي الدين أبي الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، تحقيق: حسين إسماعيل الجمل، نشر: دار المعراج الدولية، دار ابن حزم، الرياض، بيروت، الطبعة الثانية، **٢٠٠٢**م.
- **الأم**، لمحمد بن إدريس الشافعي، نشر: دار المعرفة، بيروت، نشر سنة **١٩٩٠**م.
- **الآمدي وآراؤه الكلامية**، للدكتور حسن الشافعي الأزهري، نشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٩٨**م.
- **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف**، ليوسف بن قزأغلي، المعروف بسبط ابن الجوزي، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخليفي، نشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٨٧**م.
- **إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون**، لإسماعيل بن مير سليم الباباني البغدادي، عني بتصحيحه وطبعه: محمد شرف الدين بالتقايا، رفعت بيلكه الكليسي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- **البحر المحيط في أصول الفقه**، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، نشر: دار الكتبي، الطبعة الأولى، **١٩٩٤**م.

- **البداية والنهاية**، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، أُعيد نشره سنة ٢٠٠٣م.
- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، نشر سنة ١٩٨٦م.
- **البدر التمام شرح بلوغ المرام**، للحسين بن محمد بن سعيد اللاعيّ، المعروف بالمغربي، تحقيق: علي بن عبد الله الزبن، نشر: دار هجر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، لابن الملقن، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، عبد الله بن سليمان، ياسر بن كمال، نشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**، لعلي بن محمد بن القطان الفاسي، تحقيق: الحسين آيت سعيد، نشر: دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ليحيى بن أبي الخير العمراني، تحقيق: قاسم محمد النوري، نشر: دار المنهاج، جدة، نشر سنة ٢٠٠٠م.
- **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن قايْماز الذهبي، تحقيق: بشار عوّاد معروف، نشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- **التاريخ الكبير**، لأبي بكر أحمد بن أبي خيثمة، تحقيق: صلاح بن فتحي هلال، نشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- **التاريخ المعتبر في أنباء من غبر**، لمجير الدين العليمي عبد الرحمن بن محمد المقدسي، تحقيق: لجنة من المحققين، إشراف: نور الدين طالب، نشر: دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- **تاريخ دمشق**، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تحقيق: عمرو ابن غرامة العمروي، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، نشر سنة ١٩٩٥م.
- **تاريخ علماء المستنصرية**، لناجي معروف، نشر: مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٥٩م.
- **تبيين كذب المفتري فيما نُسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري**، لأبي القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله، ابن عساكر، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤هـ.

- **تحرير ألفاظ التنبيه**، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، نشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨م.
- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، لمحمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
- **تحفة الطالب بتخريج أحاديث مختصر ابن الحاجب**، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، نشر: دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٦م.
- **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، لأحمد بن علي بن حجر الهيتمي، نشر: المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٥٧هـ = ١٩٨٣م.
- **تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف**، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن السعد، نشر: دار ابن خزيمة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- **تذكرة الحفاظ**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عثمان بن قايْماز الذهبي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- **ترتيب المدارك وتقريب المسالك**، لعياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: جماعة محققين، نشر: مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى.
- **التعليق المغني على سنن الدارقطني**، لمحمد شمس الحق العظيم آبادي، نشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، بهامش سنن الدارقطني.
- **تفسير السمعاني**، لمنصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: ياسر إبراهيم، غنيم عباس، نشر: دار الوطن، الرياض، نشر سنة ١٩٩٧م.
- **تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- **تفسير الموطأ للقنازعي**، لعبد الرحمن بن مروان الأنصاري، أبي المطرف القَنازِعي، تحقيق: عامر حسن صبري، نشر: دار النوادر، ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- **تقريب التهذيب**، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد عوامة، نشر: دار الرشيد، دمشق، نشر سنة ١٩٨٩م.

- **تقويم النظر (في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة)**، لمحمد بن علي بن الدهان، تحقيق: أيمن نصر الدين الأزهري، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- **التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح**، لأبي الفضل زين الدين عبدالرحيم العراقي، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان، نشر: محمد عبدالمحسن الكتبي، صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٩٦٩م.
- **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الشرح الكبير**، لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: حسن عباس قطب، نشر: مؤسسة قرطبة، القاهرة، نشر سنة ١٩٩٥م.
- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، ليوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي، تحقيق: مصطفى أحمد العلوي، محمد عبدالكبير البكري، نشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، الرباط، ١٣٨٧هـ.
- **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبدالحي عجيب، نشر: دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبدالهادي، تحقيق: سامي بن جاد الله، عبدالعزيز بن ناصر الخباني، دار النشر: أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- **تهذيب الأسماء واللغات**، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **تهذيب التهذيب**، لأحمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، نشر: مطبعة دار المعارف النظامية بالهند، حيدرآباد، نشر سنة ١٣٢٦هـ.
- **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، لمحيي السنة، أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود، علي محمد معوض، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- **التيسير بشرح الجامع الصغير**، لمحمد بن تاج الدين المناوي، نشر: مكتبة الإمام الشافعي، الطبعة الثالثة، نشر سنة ١٩٨٨م.
- **الثقات**، لمحمد بن أحمد بن حبان البُستي، نشر: دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن، الهند، الطبعة الأولى، ١٩٧٣م.

- **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم**، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، نشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، **٢٠٠٤**م.
- **جامع بيان العلم وفضله**، لأبي عمر يوسف بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: أبي الأشبال الأزهري، نشر: دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، **١٩٩٤**م.
- **الجامع لأحكام القرآن: تفسير القرطبي**، لمحمد بن أحمد بن فَرَح القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، نشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، نشر سنة **١٩٦٤**م.
- **الجرح والتعديل**، لعبد الرحمن بن محمد، ابن أبي حاتم الرازي، نشر: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بالهند، حيدر آباد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٥٢**م.
- **جمهرة اللغة**، لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، نشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٨٧**م.
- **الجواهر المضية**، لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي، نشر: مير محمد كتب خانه، كراتشي.
- **حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار**، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر، نشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، **١٩٩٢**م.
- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٩**م.
- **الحجة على أهل المدينة**، لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، نشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، **١٤٠٣**هـ.
- **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، لأحمد بن عبد الله، أبي نعيم الأصبهاني، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، نشر سنة **١٤٠٩**هـ.
- **خلاصة البدر المنير**، لابن الملقن، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي، نشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، **١٩٨٩**م.
- **الدرة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية**، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، نشر: إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، الدوحة، الطبعة الأولى، **١٩٨٦**م.

- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، لإبراهيم بن علي اليعمري، ابن فرحون، تحقيق: محمد الأحمدي، دار التراث، القاهرة.
- **الذخيرة**، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة، نشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٤**م.
- **ذم اللواط**، لمحمد بن الحسين بن عبد الله الآجُرِّيّ، تحقيق: مجدي السيد إبراهيم، نشر: مكتبة القرآن للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة.
- **ذيل طبقات الحنابلة**، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد السَّلامي البغدادي ثم الدمشقي، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، نشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، **٢٠٠٥**م.
- **الذيل على الروضتين**، لعبد الرحمن بن إسماعيل المقدسي، تحقيق: إبراهيم شمس الدين، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
- **رسائل الجاحظ**، لعمرو بن بحر بن محبوب الجاحظ، تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، نشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، نشر سنة **١٩٦٤**م.
- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، نشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، **١٩٩١**م.
- **رؤوس المسائل**، لمحمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، نشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثالثة، **٢٠١٠**م.
- **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، لمحمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني، نشر: دار الطلائع.
- **سبل السلام للصنعاني**، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، نشر: دار الحديث.
- **سنن ابن ماجه**، لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
- **سنن أبي داود**، لسليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد كامل قره بللي، نشر: دار الرسالة العالمية، بيروت، نشر سنة **٢٠٠٩**م.
- **سنن الترمذي**، لمحمد بن عيسى بن سَوْرة الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، إبراهيم عطوة، نشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، نشر سنة **١٩٧٥**م.

- **سنن الدارقطني**، لعلي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، نشر سنة ٢٠٠٤م.
- **السنن الكبرى**، لأحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.
- **السنن الكبرى**، لأحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- **سنن النسائي (المجتبى من السنن)**، لأحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، نشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٩٨٦م.
- **سير أعلام النبلاء**، لمحمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، نشر: دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، لعبد الحي بن أحمد بن محمد بن العماد العَكري، تحقيق: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، نشر: دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
- **شرح السنة**، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن الفراء البغوي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد زهير الشاويش، نشر: المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م.
- **شرح تسهيل الفوائد**، لمحمد بن عبد الله بن مالك الطائي الجياني، تحقيق: عبد الرحمن السيد، ومحمد بدوي، نشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.
- **شرح مختصر الطحاوي**، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد، سائد بكداش، محمد عبيد الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، أعده للطباعة وراجعه وصحَّحه: سائد بكداش، نشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- **صحيح البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه**، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- **صحيح مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ**، لمسلم ابن الحجاج القشيري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- **الضعفاء والمتروكون**، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الله القاضي، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

- **الضعفاء والمتروكون**، لعبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الله القاضي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤٠٦**هـ.
- **طبقات الشافعية الكبرى**، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، نشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، **١٤١٣**هـ.
- **طبقات الشافعية**، لأبي بكر بن عمر الأسدي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، نشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤٠٧**هـ.
- **طبقات الشافعيين**، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: أحمد عمر هاشم، محمد زينهم محمد عزب، نشر: مكتبة الثقافة الدينية، نشر سنة **١٩٩٣**م.
- **طبقات الفقهاء**، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، تهذيب ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس، نشر: دار الرائد العربي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٧٠**م.
- **الطبقات الكبرى**، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع، ابن سعد، تحقيق: إحسان عباس، نشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٦٨**م.
- **طريقة الخلاف بين الأسلاف**، لمحمد بن عبد الحميد الإسمندي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٢**م.
- **العبر في خبر من غبر**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، تحقيق: محمد السعيد بن بسيوني زغلول، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
- **العقد المنظوم في الخصوص والعموم**، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: أحمد الختم عبد الله، نشر: دار الكتبي، مصر، الطبعة الأولى، **١٩٩٩**م.
- **العلل الكبير**، لمحمد بن عيسى بن سَوْرة، تحقيق: صبحي السامرائي، أبو المعاطي النوري، محمود خليل الصعيدي، نشر: عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤٠٩**هـ.
- **عين الإصابة فيما استدركته عائشة على الصحابة**، لجلال الدين عبد الرحمن بن الكمال السيوطي، تحقيق: عبد الله الدرويش، نشر: مكتبة العلم، القاهرة، نشر سنة **١٩٨٨**م.
- **عيون الأنباء في طبقات الأطباء**، لأحمد بن القاسم بن خليفة بن يونس الخزرجي، أبي العباس ابن أبي أصيبعة، تحقيق: نزار رضا، نشر: دار مكتبة الحياة، بيروت.

- **غريب الحديث**، لحَمْد بن محمد الخطّابي، تحقيق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، عبد القيوم عبد ربّ النبي، نشر: دار الفكر، بيروت، نشر سنة **١٩٨٢**م.
- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، نشر: دار المعرفة، بيروت، نشر سنة **١٣٧٩**هـ.
- **الفصول في الأصول: أصول الجصاص**، لأحمد بن علي الجصاص، تحقيق: محمد محمد تامر، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية.
- **فهرسة اللبلي**، لشهاب الدين أحمد بن يوسف اللَّبْلِيّ، أبي جَعْفَر الفهري المالكي، تحقيق: ياسين يوسف بن عياش، عواد عبد ربه أبو زينة، نشر: دار الغرب الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٨٨**م.
- **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، لمحمد بن تاج العارفين المناوي، علَّق عليه: ماجد الحموي، نشر: المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، **١٣٥٦**هـ.
- **القاموس المحيط**، لمجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، نشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة، **٢٠٠٥**م.
- **القواطع في أصول الفقه**، لمنصور بن محمد السمعاني، تحقيق: صالح سهيل علي حمودة، نشر: دار الفاروق، القاهرة، نشر سنة **٢٠١١**م.
- **الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة**، لمحمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، تحقيق: محمد عوّامة، أحمد محمد نمر الخطيب، نشر: دار القبلة للثقافة الإسلامية، مؤسسة علوم القرآن بجدة، الطبعة الأولى، **١٩٩٢**م.
- **الكامل في التاريخ**، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم الشيباني الجزري، عز الدين بن الأثير، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٧**م.
- **كشف الخفاء ومزيل الإلباس**، لإسماعيل بن محمد العجلوني، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد ابن يوسف بن هنداوي، نشر: المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، **٢٠٠٠**م.
- **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني، حاجي خليفة، نشر: مكتبة المثنى، بغداد، نشر سنة **١٩٤١**م.
- **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، لعلي بن حسام، المتقي الهندي، تحقيق: بكري حيّاني، صفوت السَّقّا، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، **١٩٨١**م.

ـ **لسان الميزان**، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، نشر: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، **٢٠٠٢**م.

ـ **المبسوط**، لمحمد بن أحمد السَّرَخْسِي، نشر: دار المعرفة، بيروت، نشر سنة **١٩٩٣**م.

ـ **المجموع شرح المهذب**، ليحيى بن شَرَفٍ النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، نشر: دار الفكر، بيروت.

ـ **مختصر تاريخ دمشق**، لمحمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، تحقيق: روحية النحاس، رياض عبد الحميد مراد، محمد مطيع، نشر: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الأولى، **١٩٨٤**م.

ـ **المخصص**، لعلي بن إسماعيل بن سِيدَه المرسي، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٦**م.

ـ **المداوي لعلل الجامع الصغير وشرحي المناوي**، لأحمد بن محمد بن الصدّيق الغُماري، نشر: دار الكتبي، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٩٦**م.

ـ **مرآة الزمان في تواريخ الأعيان**، لشمس الدين أبي المظفر يوسف بن قِزْأُوغلي، المعروف بسبط ابن الجوزي، تحقيق: جماعة محققين، نشر: دار الرسالة العالمية، دمشق، الطبعة الأولى، **٢٠١٣**م.

ـ **المراسيل**، لأبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السِّجِسْتاني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤٠٨**هـ.

ـ **المستصفى**، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، **١٩٩٣**م.

ـ **مسند أحمد**، لأحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: أحمد محمد شاكر، نشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٩٥**م.

ـ **مسند الدارمي**: **سنن الدارمي**، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، نشر: دار المغني للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، **٢٠٠٠**م.

ـ **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

ـ **المصنف (الكتاب المصنّف في الأحاديث والآثار)**، لعبد الله بن محمد، أبي بكر بن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، نشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، **١٤٠٩**هـ.

- **المصنف**، لعبد الرزاق بن هَمّام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، نشر: المجلس العلمي بالهند، حيدر آباد، الطبعة الثانية، **١٤٠٣**هـ.

- **المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية**، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (١٧) رسالة علمية قُدِّمَت لجامعة الإمام محمد بن سعود، تنسيق: سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، نشر: دار العاصمة، دار الغيث، السعودية، الطبعة الأولى، **١٤١٩**هـ.

- **معالم التنزيل: تفسير البغوي**، للحسين بن مسعود البغوي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، **١٤٢٠**هـ.

- **معالم منهج البحث الفقهي عند ابن دقيق العيد**، لعادل قوتة، نشر: مركز نماء، الطبعة الأولى، **٢٠١٤**م.

- **المعجم الأوسط**، لسليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: طارق محمد وعبد المحسن الحسيني، نشر: دار الحرمين، القاهرة.

- **معجم البلدان**، لياقوت الحموي، نشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، **١٩٩٥**م.

- **المعجم الكبير**، لسليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، نشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية.

- **معجم لغة الفقهاء**، لمحمد روّاس قلعجي، حامد صادق قنيجي، نشر: دار النفائس، بيروت، الطبعة الثانية، **١٩٨٨**م.

- **معرفة الصحابة**، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، نشر: دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، **١٩٩٨**م.

- **معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عثمان بن قائماز الذهبي، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، **١٩٩٧**م.

- **المغني عن حمل الأسفار في الأسفار**، لأبي الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن العراقي، نشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، **٢٠٠٥**م.

- **المغني في الضعفاء**، لمحمد بن أحمد بن قايماز الذهبي، تحقيق: نور الدين عتر، نشر: دار المعارف بدمشق، الطبعة الأولى، **١٣٩١**هـ.

- **مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم**، لأحمد بن مصطفى، الشهير بطاش كبري زاده، نشر: دار الكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٨٥**م.

- **مفرج الكروب في أخبار بني أيوب**، لمحمَّد بن سالم أبو عبد الله المازني التميمي الحموي، تحقيق: جمال الدين الشيال، حسنين محمد ربيع، سعيد عبد الفتاح عاشور، نشر: دار الكتب والوثائق القومية، المطبعة الأميرية، القاهرة، نشر سنة **١٩٥٧**م.
- **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة**، لمحمد بن عبد الرحمن السَّخاوي، تحقيق: محمد عثمان الخشت، نشر: دار الكتاب العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٨٥**م.
- **المقدِّمة**، لعبد الرحمن بن خلدون، تحقيق: عبد السلام الشدادي، نشر: خزانة ابن خلدون بيت الفنون والعلوم والآداب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، **٢٠٠٥**م.
- **من تكلم فيه وهو موثق**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن قائماز الذهبي، تحقيق: محمد شكور بن محمود الحاجي، نشر: مكتبة المنار، الطبعة الأولى، **١٩٨٦**م.
- **مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة**، للموفق بن أحمد البكري المكي، نشر: دائرة المعارف النظامية، حيدرآباد، الطبعة الأولى، **١٣٢١**هـ.
- **مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبَيه**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن قائماز الذهبي، تحقيق: محمد زاهد الكوثري، أبي الوفاء الأفغاني، نشر: لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد الدكن، الهند، الطبعة الثالثة، **١٤٠٨**هـ.
- **المنتظم في تاريخ الملوك والأمم**، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٢**م.
- **المنتقى شرح الموطأ**، لسليمان بن خلف الباجي، نشر: مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، **١٣٣٢**هـ.
- **منتهى السول في علم الأصول**، لعثمان بن عمر بن الحاجب الكردي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٨٥**م.
- **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، لمحمد بن عبد الرحمن الحَطّاب، نشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، **١٩٩٢**م.
- **الموضوعات**، لجمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، نشر: المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى، **١٩٦٦**م-**١٩٦٨**م.

- **الموطأ**، لمالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، **١٩٨٥**م.
- **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن قائماز الذهبي، تحقيق: علي محمد البجاوي، نشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٦٣**م.
- **نصب الراية لأحاديث الهداية**، لعبد الله بن يوسف الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، نشر: مؤسسة الريان، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى، **١٩٩٧**م.
- **نقض المنطق**، لتقي الدين أحمد بن تيمية، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة، سليمان الصنيع، محمد حامد الفقي، نشر: مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٥١**م.
- **النكت في المسائل المختلَف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة**، لإبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، **٢٠١١**م.
- **نهاية المطلب في دراية المذهب**، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، نشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، **٢٠٠٧**م.
- **النهاية في غريب الحديث والأثر**، للمبارك بن محمد الجزري بن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، نشر: المكتبة العلمية، نشر سنة **١٩٧٩**م.
- **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصباطبي، نشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، **١٩٩٣**م.
- **الهداية في شرح بداية المبتدي**، لعلي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: محمد عدنان درويش، نشر: دار الأرقم، بيروت.
- **الوافي بالوفيات**، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، نشر: دار إحياء التراث، بيروت، سنة **٢٠٠٠**م.
- **وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف**، ليوسف بن قزأغلي، المعروف بسبط ابن الجوزي، تحقيق: سيد محمد مُهنَّى، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٨**م.
- **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلِّكان البرمكي الإربلي، تحقيق: إحسان عباس، نشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، **١٩٩٤**م.



فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

الموضوع | الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

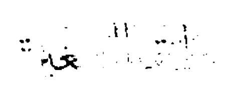
الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة



الموضوع | الصفحة

